Historia y Constitución

Trayectos del constitucionalismo hispano

Carlos Garriga

Coordinador

342.0290946
H67326

Los autores y autoras de este libro, además de profesar la historia –del derecho u otras afines– en distintas universidades hispánicas, pertenecen al grupo de investigación HICOES (acrónimo de Historia Constitucional de España), formado en 1996 bajo la dirección del profesor Bartolomé Clavero con el objetivo de estudiar la historia constitucional hispana –por española y americana– desde la doble perspectiva cultural e institucional que resulta definitoria del constitucionalismo. Responsables de numerosas publicaciones individuales que obedecen a este proyecto común, en los últimos años han dado a la luz también diversas obras rigurosamente colectivas como la presente.

Historia y Constitución

Trayectos del constitucionalismo hispano

Historia y Constitución

Trayectos del constitucionalismo hispano

Carlos Garriga

Coordinador

CIDE

EL COLEGIO
DE MICHOACÁN, A. C.

Instituto
Mora

DEWEY
D342.46
HIS.y

LC
KG
545
H5

Historia y Constitución: trayectos del constitucionalismo hispano / coordinador Carlos Garriga ; coordinadora editorial Beatriz Rojas. -- México : CIDE : Instituto Mora : El Colegio de Michoacán : ELD : HICOES : El Colegio de México, 2010.
415 p. : il. ; 23 cm.

Incluye bibliografías e índice
ISBN 978-607-7613-38-1

1. Historia constitucional – España. 2. Historia Constitucional – Hispanoamérica – Historiografía. 3. Justicia – Administración – España – Historia. 4. Justicia – Administración – Hispanoamérica. 5. Derecho constitucional – España – Historia. 6. Derecho constitucional – Hispanoamérica. I. Garriga, Carlos, coord. II. Rojas, Beatriz. III. Centro de Investigación y Docencia Económicas. IV. Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora (México, D.F.).

Esta edición se publicó gracias al apoyo de:
Centro de Investigación y Docencia Económicas
El Colegio de México
El Colegio de Michoacán
Escuela Libre de Derecho
Proyecto de investigación HICOES
Universidad Autónoma de Madrid

Coordinación editorial: Beatriz Rojas.

Imagen de portada: *Francisco de Goya y Lucientes, Truth, Time and History (La verdad, el tiempo y la historia)*, NM 5593 © the Nationalmuseum, Stockholm.

Primera edición, 2010 CC BY

D. R. © Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora
Plaza Valentín Gómez Farías 12, San Juan Mixcoac,
03730, México, D. F.
Conozca nuestro catálogo en <www.mora.edu.mx>

ISBN: 978-607-7613-38-1

Impreso en México
Printed in Mexico

ÍNDICE

Presentación, *11*

I. TRÁNSITOS

Capítulo I

Entre la historia y la economía política: orígenes de la cultura del constitucionalismo, *27*
José M. Portillo Valdés

1. Planteamiento, *27*
2. Historiografía civil y cultura de la constitución, *28*
3. De la economía política a la necesidad de la constitución, *33*
4. Proyectismo constitucional, *36*
   Orientación bibliográfica, *54*
   Fuentes y bibliografía citada, *54*

Capítulo II

Continuidad y cambio del orden jurídico, *59*
Carlos Garriga

1. ¿De qué hablamos cuando hablamos del orden jurídico?, *60*
2. El orden jurídico de la Monarquía católica, *62*
3. Constitucionalismo jurisdiccional y orden jurídico, *68*
4. La construcción legal de los órdenes jurídicos nacionales, *73*
5. Consideración final, *97*
   Orientación bibliográfica, *99*
   Fuentes y bibliografía citada, *102*

Capítulo III

La formación de los juristas, *107*
Paz Alonso Romero

1. Planteamiento y advertencias preliminares, *107*
2. La formación de juristas en el Antiguo Régimen, *109*
3. Reformas ilustradas, *118*
4. La formación de juristas en el Estado liberal, *130*
5. Conclusión, *133*
   Orientación bibliográfica, *135*
   Fuentes y bibliografía citada, *136*

II. SUJETOS Y TERRITORIO

Capítulo IV

Constitución de Cádiz y ciudadanía de México, *141*
Bartolomé Clavero

1. Historiografía en el derecho, *141*
2. Historia según una Corte Suprema vecina, *143*
3. Punto ciego de Cádiz: la ciudadanía reclusa, *148*
4. Continuidad en México: la ciudadanía deprimida, *155*
5. Contrabando con Estados Unidos: las ciudadanías zanjadas, *162*
6. Llamamiento constitucional, *168*
   Orientación bibliográfica, *169*
   Fuentes y bibliografía citada, *171*

Capítulo V

Paradojas del sujeto, *173*
Jesús Vallejo

1. La amenaza de los muertos vivientes, *173*
2. Heteronomía del individuo, *186*
3. Colofón, *196*
   Orientación bibliográfica, *196*
   Fuentes y bibliografía citada, *197*

Capítulo VI

Constitución y territorio en los primeros procesos constituyentes españoles, *201*
Carmen Muñoz de Bustillo

1. División y organización del territorio durante el reinado de José I, *201*
2. Nación y territorios en el constitucionalismo gaditano, *210*
3. La división "más conveniente del territorio español", *218*
4. Diputaciones y ayuntamientos. La imagen distorsionada del constitucionalismo doceañista, *221*
   Orientación bibliográfica, *230*
   Fuentes y bibliografía citada, *231*

III. POTESTADES Y PODERES. ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA

Capítulo VII

De la potestad jurisdiccional a la administración de justicia, *235*
Fernando Martínez Pérez

1. "Que veinte años no es nada". Estado de la cuestión sobre la historia de la justicia hispana, *235*
2. Una distinta historia. De la potestad jurisdiccional a la administración de justicia, *242*
3. Epílogo: "Miedo al encuentro con el pasado que vuelve", *261*
   Orientación bibliográfica, *262*
   Fuentes y bibliografía citada, *265*

Capítulo VIII

La justicia penal en tiempos de transición. La República de Córdoba, 1785-1850, *267*
Alejandro Agüero

1. Introducción, *267*
2. La justicia penal en las postrimerías del orden colonial, *270*
3. Revolución, Independencia y Restauración, *278*

4. La justicia penal de la República de Córdoba, 1820-1850, *288*
5. Consideraciones finales, *300*
Orientación bibliográfica, *301*
Fuentes y bibliografía citada, *303*

Capítulo IX

División de poderes y contenciosos de la administración: una —breve— historia comparada, *307*
Marta Lorente

1. Algunas —pocas— consideraciones historiográficas, *308*
2. Justicia y administración. Del Antiguo Régimen a la Revolución, *312*
3. De los avatares de la obra napoleónica, *320*
4. España, 1845: la ruptura del paradigma jurisdiccional, *330*
5. Recapitulación, *339*
Orientación bibliográfica, *341*
Fuentes y bibliografía citada, *343*

Capítulo X

Del "ministerio de papeles" al "procedimiento", *347*
Margarita Gómez Gómez

1. Planteamiento, *347*
2. Valor y uso de la escritura y el documento en el Antiguo y Nuevo Régimen. La cultura escrita constitucional, *348*
3. Igualdad del ciudadano y unidad documental: el expediente administrativo, *353*
4. De "cautelas reservadas" a "garantías públicas": usos y prácticas documentales, *359*
5. Recapitulación, *374*
Orientación bibliográfica, *376*
Fuentes y bibliografía citada, *377*

Bibliografía general, *379*

Índice analítico, *405*

PRESENTACIÓN*

Quizá esté preguntándose usted, lector o lectora, qué relación puede tener la pintura manifiestamente alegórica de Goya que se reproduce en la portada con la historia del constitucionalismo que anuncia el título. Si es así y no conoce la respuesta sepa que la hay y que no se remonta más allá de treinta años.[1] Antes, el cuadro corrió la suerte errante y azarosa de su siglo, conoció entre Cádiz y Moscú, Madrid y etcétera casi tantos títulos como dueños, hasta parar finalmente en el Museo Nacional de Estocolmo, donde cuelga desde 1961 bajo el nombre *La verdad, el tiempo y la historia.* Hasta entonces, y desde que fuera catalogado por vez primera en 1867, había sido preferentemente visto como una figuración de España, de *España escribiendo su historia*, pero una interpretación audaz, erudita y muy literaria (o poco histórica) publicada por la especialista norteamericana Eleanor Sayre poco después, en 1979, hizo de él una *Alegoría de la adopción de la Constitución de 1812.* Por este motivo —repárese en la oportunidad de la fecha— fue la pieza estelar de la exposición "Goya y la Constitución de 1812" impulsada en el Madrid de la *movida* por su alcalde, el inolvidable profesor Tierno Galván: "En 1813, un año después de publicarse nuestra primera Constitución, Goya sobre bocetos antiguos —al parecer

* Hicoes iv (Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España y América, siglos xviii y xix: SEJ 2007-66448).

[1] Hasta donde llegan mis noticias, los trabajos fundamentales sobre el particular, de donde tomo los datos y las citas que siguen, son: Sayre, "Goya", 1979, cuya versión española, elaborada para la ocasión, fue publicada en el catálogo, prologado por Tierno Galván, *Goya*, 1982, pp. 55-69; resumida en algún otro, como *Goya*, 1988, pp. 273-275; y seguida y desenvuelta entre otros por Luna y Moreno de las Heras, en el catálogo *Goya*, 1996, pp. 409-410, y López Torrijos, "Goya", 1996, pp. 13-18. Para la *verdadera* historia de esta pintura, Glendinning, "Re-contextualizing", 1998, y "Las alegorías", 1998; y sobre todo, Rose-de Viejo, "Las alegorías", 2002, que además de resumir las anteriores me parece a los efectos que aquí importan la aportación fundamental.

de 1808— pintaba un cuadro extraordinario [...] representando alegóricamente la Constitución de 1812 [...] un cuadro esencialmente político, que alude a un Régimen y un principio de modo principal y sincero, como un partidario común del Sistema Constitucional podía hacerlo", prologaba en 1982 el *viejo profesor*, antes de establecer un paralelismo previsible con nuestra reciente Constitución de 1978.

La clave de la interpretación estaba en el librito que la figura principal lleva en su mano derecha: si es la Constitución, argumentaba la especialista, todo "resulta comprensible: el Tiempo dando la vuelta al reloj de arena para señalar la nueva era; la pequeñez de ese importantísimo libro que parece verter luz sobre el cuadro, incluso el sencillo vestido blanco", llegando a sugerir que Goya pudo inspirarse en las personificaciones de la *libertad* inventadas por los artistas estadounidenses para representar su nueva nación durante los primeros años de gobierno constitucional... Aquí terminaba Sayre, pero no faltó después quien adornase más o menos imaginativamente su interpretación, que según alguna versión todavía circulante puede resumirse más o menos así: traída por el anciano-Tiempo de alas desplegadas, una España renovada sostiene en la mano derecha la Constitución de Cádiz, para simbolizar su superioridad sobre el cetro que como expresión del poder real reposa en la izquierda, mientras sentada a su lado la Historia anota el suceso al tiempo que pisotea los viejos cuerpos legales de la Monarquía, ahora ya periclitados... Aquí estaría la "España constitucional" frente a la "España absolutista".

Una interpretación redonda, ya se ve, que sin embargo es hoy por hoy lisa y llanamente insostenible: identificándola sin asomo de dudas, a partir de cierta correspondencia conservada en el Archivo del Estado de Rusia (San Petersburgo), con una de las cuatro alegorías encargadas por Godoy poco después de 1800 para decorar su palacio madrileño (sede hoy del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), donde estaban ya instaladas (probablemente en la antesala de su despacho) en 1806, la investigación histórica de Isadora Rose ha terminado de cerrar hace un lustro toda posibilidad de vincularla con el advenimiento constitucional, interpretando la pintura como un símbolo poético-filosófico del gobierno pretendidamente ilustrado del favorito, cuyo título más exacto podría ser *La Verdadera Filosofía, el Tiempo y la Memoria.* He aquí, torpemente resumida por un profano, la pequeña historia de cómo una alegoría encargada por Godoy con la finalidad política de glorificar su régimen —la última y más despótica versión del *Antiguo Régimen*

español—, sirvió 180 años después para representar, con ocasión de festejar su feliz recuperación, el advenimiento en España del régimen constitucional.

Como habrá podido intuirse, es justamente este flagrante contraste entre historia e historiografía, con la única Constitución que puede decirse con toda propiedad hispana de por medio, lo que nos ha llevado a elegir para ilustrar la nuestra esta espléndida y por mucho tiempo malinterpretada obra de Goya: porque no siéndolo ha sido imaginativamente presentada (y festejada) como una alegoría de la Constitución de 1812, o sea, por correr la misma suerte de mistificaciones historiográficas que la historia del constitucionalismo. El problema —nuestro problema al abordarla— es a fin de cuentas el mismo, pero su solución —si es que la hay— ha de resultar mucho más compleja, tanto como la distancia que separa una alegoría de una constitución, una obra personalmente realizada para representar artísticamente un pensamiento de otra conflictivamente colectiva —valga la redundancia— para representar políticamente la voluntad de una nación. De aquel contraste y esta complejidad —o sea, de historia e historiografía del constitucionalismo— va justamente este libro que presento.

Lo hago cediendo al uso que señala a quien figura como coordinador de obras colectivas esta última tarea, que intentaré cumplir introduciendo por la trastienda al público lector, porque me parece que en este caso quizá más que en otros saber algo del origen y la autoría del libro puede ayudar —e incluso animar— a la lectura. Como de entrada lo confieso, se me disculpará el tono descaradamente apologético que adopto.

El libro responde a un proyecto colectivo que ha cumplido ya doce años y del que lo menos que puede decirse es que, además de realmente colectivo (lo que no es poco), es muy ambicioso. Quienes lo escribimos formamos parte del grupo de investigación Hicoes (acrónimo de Historia Constitucional de España), dirigido y animado por Bartolomé Clavero desde su fundación. Fue en 1996, a raíz del asesinato de Francisco Tomás y Valiente y como una manera de sobreponernos y continuar su proyecto de impulsar y escribir una *nueva* historia del constitucionalismo español, nueva por distinta a la que se venía haciendo y se presenta como tal, a la historiografía como historia escrita del constitucionalismo al uso todavía hoy. Todos los que entonces empezamos a seguir estábamos más o menos estrechamente vinculados a Tomás y Valiente y participábamos de su inquietud historiográfica; la mayoría nos habíamos introducido en la historia del constitucionalismo literalmente de su mano y dimos con él los

primeros pasos en este camino; pero aun reconociéndolo como maestro no todas y todos somos sus discípulos, ni tampoco formamos una escuela, al modo como habitualmente se entienden estos términos —discípulo, escuela— en el mundillo universitario. Quien se tome la molestia de echar un vistazo a nuestro historial académico respectivo —disponible en la página web de Hicoes—[2] observará que por formación y dedicación investigadora no tenemos —ni mirando de lejos— el mismo perfil. Puesto en el brete de señalar, por mi cuenta y riesgo, una sola de las muchas cosas que nos unen, decir que la mayoría profesamos (de profesión) la historia del derecho me parece no sólo desconsiderado para quienes tienen otra adscripción académica sino también insustancial, porque esta manera de calificar la historia por el derecho ha impedido tradicionalmente definir el derecho mediante su historia, que al margen de adscripciones y tradiciones es a fin de cuentas lo que pretendemos. Esto es lo que nos une y —yo diría— nos caracteriza como grupo de investigación: una cierta *forma de mirar* al pasado desde un ángulo jurídico político, perfilada en el intento de renunciar a las cómodas pero deformantes anteojeras del presente que vivimos y aguzada por el propósito de reconstruir los aparatos ópticos disponibles en el pasado que estudiamos. Este es —dicho así de enfáticamente— nuestro proyecto: que lo consigamos o no, o unos más y otros menos, ya habrá quienes lo digan.

Hicoes como grupo de investigación tiene —creo yo, como militante de a pie— unidad de presupuestos, que no —o no necesariamente— identidad de discursos: por mucho que éstos puedan ser más o menos divergentes en lo accidental, compartimos una cierta comprensión —me temo que por lo demás no muy extendida— acerca del constitucionalismo antiguo y moderno, previo y posterior a la revolución que, rompiendo más o menos con el pasado que acostumbramos llamar genéricamente Antiguo Régimen, alumbra la modernidad, el tiempo en el que todavía hoy mal que bien vivimos. Es más, seguramente nuestra comprensión del mundo precontemporáneo —que puede englobarse bajo el término *jurisdiccionalismo,* para expresar la consideración del derecho como un orden declarativo a partir de principios religiosamente indisponibles— sea determinante en nuestra forma de afrontar el estudio del constitucionalismo como cultura jurídica de derechos y dispositivos institucionales de garantía, precisamente a partir de la cual pretendemos dar cuenta del turbulento proceso de construcción estatal nacional en el curso del siglo xix.

[2] <http://www.hicoes.org>, donde se encontrará además referencia precisa del proyecto.

Por su poder para evocar con sólo ocho palabras el desafío metodológico que ha venido impulsando en buena medida el desarrollo historiográfico de las últimas décadas, me fascina desde que la leí esa frase de Clifford Geertz que dice "no hay puntos de vista desde ninguna parte". Adoptándola como divisa para la ocasión, bien podemos tratar de situar el nuestro, nuestro punto de vista, en el mapa de la historiografía del constitucionalismo allí donde se cruzan tres itinerarios argumentales, que quien más quien menos de los aquí en este libro reunidos vamos recorriendo.

La crítica historiográfica es el primero de ellos: hacemos historia del constitucionalismo, y como ya puede intuirse la hacemos en cierto modo contra la historiografía del constitucionalismo, entiéndase a partir de la crítica a la tradición historiográfica labrada en este campo. A fin de cuentas, como Pietro Costa argumentó hace años con su habitual clarividencia, si uno no quiere hacer historia *en* la tradición, no tiene otro remedio que hacer historia *de* la tradición, o sea, despejar el campo histórico para replantearlo historiográficamente. Más que querencia es ésta una exigencia que nace de la insalvable distancia que apreciamos entre la una y la otra: la historia del constitucionalismo y su historiografía, lo que se escribe y exhibe a menudo como tal.

Claro que no toda ella tiene la misma enjundia, pero sí parece responder en términos generales a iguales criterios, lastrada como frecuentemente está por la perspectiva teleológica de "lo que acabó por suceder". Como la historiografía jurídica en general, la que se ocupa del constitucionalismo tiene un pecado de origen, el *estatalismo,* que con sus secuelas de nacionalismo y legalismo ha venido orientando su desenvolvimiento, si se me permite prescindir ahora de matices, para contribuir culturalmente a la construcción de naciones con forma de Estado y derecho legal. Por mucho que a estas alturas uno y otro estén ya desdibujados en sus formas más burdas, permanece más o menos sutilmente su matriz, la cultura estatal como cultura de poder. La concepción de la historia constitucional que para esto con más o menos conciencia se cultiva y así en todo caso se ofrece parte del punto de llegada, adopta como dogmas inconmovibles las categorías finalmente consolidadas y busca reconstruir su genealogía sin prestar la debida atención a los contextos sociales (es decir, culturales) que las dotan de cambiantes sentidos. Hasta se oye decir que no hay historia del constitucionalismo sin dogmática (¡atención al término!) constitucional. *Invención de la tradición* es la expresión acuñada para calificar —y denunciar— esta operación: inventar

una tradición legitimadora de la instalación del Estado que suele llamarse liberal.

Claro que toda historia —y la nuestra como todas— es historiografía y por ende discurso sobre lo acontecido y nunca lo acontecido mismo, pero algunos mínimos hay que a estas alturas no deberían ingenuamente desconocerse y que para el caso se concretan en la genuina y originaria —genuina por originaria— concepción del constitucionalismo como cultura de derechos y dispositivos institucionales de garantía, como entre nosotros ha predicado incansablemente y practicado con toda consecuencia Bartolomé Clavero. Este punto de vista modifica sustancialmente el objeto y la metodología de estudio, entiéndase: desde este punto se ven otros objetos que no pueden alcanzarse con el instrumentario —incluyendo eso que llamamos la metodología— más habitual. Frente a una historiografía que reformula una y otra vez los mismos temas a partir de las mismas fuentes, nuestro propósito es *tematizar* el objeto en términos constitucionales con el recurso a fuentes tradicionalmente desatendidas o simplemente no percibidas. Frente a una historiografía que confunde los nombres (que perduran) con las cosas (que cambian), los significantes con los significados que finalmente llegaron a tener, intentamos hacer una historia genética de las categorías constitucionales y los dispositivos institucionales efectivamente articulados para su implantación, aquellos que posibilitaron construir de una cierta manera los artefactos estatales y sus ordenamientos legales. Frente a una historiografía que desdibuja u oculta los problemas en busca de las soluciones que terminaron por consolidarse, nuestro propósito es precisamente rastrear las dificultades e indagar los problemas que impedían y retrasaron las soluciones que finalmente se impusieron. Bajo unos mismos nombres se estudian así cosas realmente distintas, como quien quiera puede comprobar en el volumen del grupo Hicoes recientemente coordinado por Marta Lorente sobre un tema tan (mal) tratado como la historia de la justicia decimonónica.

De todo ello es buen ejemplo el inacabable debate en torno a la Constitución de 1812, que sigue siendo hoy por hoy campo de batalla historiográfica entre quienes la presentan como artífice (al menos normativo) del fulgurante establecimiento del *Estado liberal* español y quienes entendemos que vino más bien a reformular en términos constitucionales el *jurisdiccionalismo* característico del Antiguo Régimen, si se admite esta abusiva —y no sé si muy expresiva para quienes miren de lejos— simplificación de los términos en cuestión. Que 1812

concite tal grado de discrepancia nada tiene de raro, y no sólo porque la proximidad del Bicentenario (con la mayúscula de rigor) pueda alentar querellas hereditarias de oscuros orígenes. La insólita crisis de la Monarquía abrió uno de esos momentos en que continuidades y discontinuidades se entrelazan de manera tan inextricable que resulta muy difícilmente explicable, dicho sea en plural para acoger en su singularidad los complejísimos procesos que terminaron por llevar a la independencia americana. Justamente de parte americana y para aflojar aquel nudo histórico han venido en los últimos tiempos algunas de las propuestas historiográficas más interesantes sobre el momento gaditano, por muy atentas al peso de las circunstancias que impuso el trepidante desarrollo de la *crisis atlántica* en la elaboración y práctica constitucionales, muy bien comprobadas documentalmente sobre todo en los espacios locales, aunque no sé si siempre debidamente interpretadas. La fuerte continuidad del entramado tradicional que, *a través* (y no a pesar) de evidentes transformaciones, evidencia la dinámica constitucional parece haber llevado a algunos a poner el acento en el elemento *liberal* del direma tradicional para reafirmar la índole *revolucionaria* del ideario doceañista, como si el problema (dejando ahora aparte todos los que plantea el uso indiscriminado del término *liberalismo*) no fuera justamente determinar el carácter y alcance de la revolución constitucional sancionada en 1812. Dicho brevemente: tengo para mí que la pregunta clave no es *por qué*, sino *cómo* se hizo aquella revolución.

Cualquiera que sea, la respuesta no pasa simplemente por destacar las discontinuidades frente a las continuidades (o viceversa), que es una manera como otra cualquiera de condenar a la irrelevancia los testimonios que estorban (como suele acontecer con el —por demás evidente, si me preguntan a mí— componente historicista de nuestro primer constitucionalismo). La *quidditas* del constitucionalismo doceañista está justamente en la intrincada convivencia de *lo viejo* con *lo nuevo* cualquiera que sea el plano (discursivo o institucional) que se considere, exigiendo del historiador un esfuerzo por aprehender integral y comprensivamente los datos que la realidad histórica se obstina en suministrarle. Esto es, creo yo, lo que pretendemos cuando por nuestra parte —la parte de Hicoes— calificamos la de 1812 como *constitución jurisdiccional*: ponderar al mismo tiempo la discontinuidad y la continuidad, la quiebra que la constitución como texto normativo jurídicamente vinculante introdujo en la tradicional configuración jurisdiccional del orden jurídico-político y su consiguiente recomposición, una y otra patentes para quien quiera verlo en la

reformulación constitucional de los viejos dispositivos jurisdiccionales de la Monarquía para construir una nación católica con forma de Estado. Obviamente, no es este el lugar más indicado para detallar las consecuencias de este planteamiento, levantado a partir de una trabajosa recuperación de fuentes ignoradas y discursos postergados por la historiografía *al uso*. Valga añadir que se equivoca de plano quien piense que quiere ser una manera de rebajar la entidad de los cambios constitucionalmente relevantes que se sucedieron a partir de 1810. Si se trata de eso, estoy por decir que en este mismo volumen hay elementos más que suficientes para ilustrar que, lejos de negarla, este punto de vista permite ponderar la *verdadera* entidad de las transformaciones, pero curado ya de espanto no albergo muchas esperanzas sobre la repercusión que pueda tener al menos entre quienes parecen considerar que los conceptos constitucionales nacen ya perfectos y tan inconmovibles como las masas tectónicas. En fin, no deja de resultar descorazonador que historiadores sobresalientes y muy bien formados e informados puedan seguir hilvanando a día de hoy todo un discurso sobre la *singularidad* de la Constitución de 1812, que procura dar cuenta de su *significación* —sobre todo ultramarina— en asuntos tales como la ciudadanía, la representación, la justicia o el gobierno local, sin rozar siquiera para rechazarla la relectura jurisdiccional del constitucionalismo gaditano,[3] que puede contribuir no poco —según creo— a explicar ciertos desarrollos americanos en general y mexicanos en particular.

Apoyos historiográficos no faltan. La discusión disciplinar que ocupa a la historiografía de impronta jurídica y dedicación constitucional no es muy estimulante que digamos, pero desde otros campos historiográficos han llegado en los últimos tiempos planteamientos novedosos que, asumiendo que el acontecer jurídico forma parte inextricable del acontecer sin más, ilustran muy bien para el caso de que se trata que "lo jurídico" es imprescindible para la comprensión de "lo social" y su problemática política, cualquiera sea la dimensión que se considere. Ahí están para demostrarlo, por poner un par de ejemplos muy elocuentes, los trabajos de François-Xavier Guerra y de Antonio Annino, cuyas conclusiones están en perfecta sintonía con el punto de vista que aquí se sostiene: así, sobre la composición persistentemente corporativa de los espacios

[3] Es el caso de Manuel Chust y José Antonio Serrano, en su por lo demás interesante trabajo sobre "El liberalismo doceañista", publicado como parte del monográfico, coordinado por Quijada y el mismo Chust, "Liberalismo y Doceañismo", 2008.

americanos o la continuidad de las comprensiones jurídico-políticas tradicionales tras la revolución de independencia o el extraordinario papel jugado en tan complejo proceso por el constitucionalismo gaditano o la misma consideración de éste como el epílogo del Antiguo Régimen más que como el prólogo del Estado liberal... Ni aquél ni éste pueden comprenderse sin atender al derecho; uno y otro sólo cobran sentido desde su respectiva cultura jurídico-política.

Yo diría que por aquí —vamos con nuestro tercer itinerario— entra América, las Américas, en nuestras inquietudes e intereses, o sea, como parte de nuestro proyecto, unida como está con España por una problemática en buena medida común, compartida a ambos lados del Atlántico hispano. Que esto sea rigurosamente así cuando una y otra, España y América, formaban parte de un todo político es algo que, a despecho de las historiografías primero nacionalistas y luego simplemente nacionales de acá y de allá, no debería requerir al día de hoy, más que por fortuna debido al sustancial replanteamiento historiográfico de los últimos años, de mayor demostración. Pero aun después de las *independencias*, los distintos espacios políticos hispanos compartieron ciertos caracteres básicos y a veces respondieron a una evolución uniforme, en medida claro está diversa según los quiénes, los qués y los cuándos pertinentes, que no pueden remitirse sólo al pasado conjunto en el marco de la Monarquía católica que desembocó en la Constitución de 1812, como primer y último experimento constitucional propiamente hispánico. Por ir a lo más grande, pienso no sólo en la consabida debilidad estructural de los Estados que tanto allá como acá se fueron formando, sino también en la escasa implantación del constitucionalismo como cultura de derechos a ambas orillas del Atlántico hispano, con toda la cadena de consecuencias que una y otra arrastran. A lo largo de buena parte del siglo XIX persiste más o menos pesantemente una tradición común, a partir de la cual en los distintos espacios políticos emergentes muchos problemas y ciertas soluciones fueron semejantes y son por tanto comparables. Que esto permita o no hablar de algo así como un modelo constitucional hispánico, salvando por un momento la reluctancia que esta suerte de constructos historiográficos puede muy razonablemente suscitar, sólo a partir de encuestas, comparaciones y reflexiones de este género podrá calibrarse.

Aquí estábamos los que aquí estamos, entre historia y constitución, España y América, unas y otros ocupados en seguir en el marco de HICOES algunos trayectos del constitucionalismo hispano, cuando nos vimos voluntaria y muy gustosamente comprometidos a concretar nuestro punto de vista en un curso monográfico.

Antes que libro, *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano* fue en efecto un curso monográfico que impartimos sus autores y autoras hace ahora un año en el Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora de la ciudad de México, gracias a la feliz iniciativa, el eficaz impulso y la extraordinaria capacidad organizativa de Beatriz Rojas, secundada para la ocasión por Jaime del Arenal, Rafael Diego Fernández, Clara García y Andrés Lira, con el generoso patrocinio que por su mediación nos prestaron el mismo Instituto Mora, la Escuela Libre de Derecho, El Colegio de Michoacán, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) y El Colegio de México, complementado con fondos de nuestro proyecto de investigación HICOES. Desde el primer momento, que se remonta todavía un año más, la idea fue exponer, para un público especializado en distintas áreas de ciencias sociales e interesado desde una perspectiva histórica por la problemática constitucional, una introducción a la historia del constitucionalismo que cubriera en la medida de lo posible el ámbito hispano, diese cuenta de los últimos y más relevantes desarrollos historiográficos y atendiera principalmente a la transición entre el antiguo y el nuevo régimen jurídico político. Convencidos de la imposibilidad de hilvanar al día de hoy (y me temo que por mucho tiempo) una historia digamos "completa" del constitucionalismo español (cuánto menos hispano, español y americano) a la altura de los tiempos, examinamos con aquel propósito algunos problemas constitucionalmente relevantes (figuren o no en las agendas historiográficas al uso) siguiendo los tramos más significativos de su desenvolvimiento, para trazar a lo largo de diez sesiones los principales trayectos del constitucionalismo hispano, aunque por obvias razones de competencia y no menos evidentes de oportunidad prestamos en conjunto —que no exclusivamente— mayor atención a los desarrollos español y también mexicano.

Animados por su magnífica acogida, a la hora de redactar los capítulos hemos querido mantener el tono abierto del curso, más orientado a plantear problemas, sugerir enfoques e ilustrar puntos de vista, que a levantar una historia general o de cualquier modo global del constitucionalismo a ambos lados del Atlántico hispano. Para que quede claro: conscientes de nuestras limitaciones, no hemos pretendido en ningún momento, y por fortuna tampoco hemos conseguido, escribir una suerte de manual universitario, género muy dado a ofrecer —con todas las excepciones que se quieran— respuestas, preferiblemente —como aquellos viejos catecismos políticos— *las* respuestas verdaderas. Al menos quien suscribe se daría por muy satisfecho si hubiéramos contribuido a (re)plantear

entre todos y todas una problemática, la problemática en buena medida común al constitucionalismo hispano en los primeros tramos de su desarrollo. A nadie puede sorprender que en esta tesitura el constitucionalismo doceañista, entrelazando como entrelaza historia y constitución, España y América (o por mejor decir, las dos grandes partes de aquella España que se quería formada por los españoles de ambos hemisferios), sea el eje en torno al que —a partir de una sostenida y más o menos explícita reflexión historiográfica— gira esta obra, en el fondo de la cual late casi inevitablemente la pregunta por un modelo hispánico (o dígase como se quiera) de transición jurídico política entre el viejo y el nuevo orden, que cubre cuando menos los dos primeros tercios del siglo XIX.

En esto y en todo, creo que sabrá apreciar, lector o lectora, tanto la unidad de planteamiento como la diversidad de desarrollos, en parte debida a las exigencias propias de los distintos temas (incluido muy particularmente su desigual grado de elaboración historiográfica) y resultado en parte de la estrategia discursiva elegida por cada quien. Basculando todos entre el análisis y la síntesis, algunos capítulos responden a trabajos que están en el taller, todavía en construcción, y otros son más bien síntesis historiográficas de aportaciones propias o ajenas e internas o externas a HICOES y significativas por su relevancia. Evidentemente, no todo ni mucho menos es de nuestra propia cosecha: al contrario, bien quisiéramos que el libro pudiera servir para dar a conocer, por si aún no lo fueran, otras historiografías, de distintos ámbitos y variadas procedencias, aprovechables por sí o por no para una historia del constitucionalismo hispánico. Aunque mutuamente se presuponen, cada capítulo tiene entidad por sí y supongo que puede leerse de manera independiente, pero los presentamos agrupados en secciones y en el orden que creemos preferible para un mejor aprovechamiento del conjunto, que en todo caso se ajusta a un patrón uniforme. Deliberadamente hemos renunciado a la exhibición erudita, limitando al máximo las notas y dedicándolas sobre todo a referencias imprescindibles de fuentes, pero incluimos al término de cada capítulo una orientación historiográfica razonada, con remisión a la bibliografía general final, que consideramos más útil para proporcionar un básico estado de la cuestión que además de dar cuenta de las autoridades respectivas sirva de guía para ulteriores profundizaciones.[4] Aunque evidentemente no soy yo el más indicado para

[4] Al final de cada capítulo se ha incluido además una relación de las fuentes y la bibliografía citada en sus notas abreviadamente.

valorar sus resultados, creo francamente que todo sumado un libro como éste puede servir, y servir bien además, como *una* introducción a la historia del constitucionalismo en el ámbito hispánico.

Ciertamente fruto del curso que compartimos, esta obra no es el curso mismo y mucho me temo que no refleja el sensacional ambiente intelectual que respiramos en el Instituto Mora. El curso contó con la asistencia y activa participación de un grupo sorprendentemente numeroso y muy cualificado de académicos, que reunió a maestros y reconocidos especialistas con doctorandos y jóvenes investigadores, todas y todos los cuales nos honraron con su presencia y enseñaron con su ciencia. No es retórica de ocasión, y grabado quedó, en soporte digital, a disposición de quien quiera verlo. A cada una de las ponencias siguió un extenso e inusualmente intenso debate que constituyó seguramente la parte más significativa y enriquecedora del curso: no un mero intercambio de preguntas y respuestas, sino un diálogo a distintas bandas con su plantel de precisiones y objeciones, desarrollos y complementos, sugerencias y dudas e hipótesis, toda la retahíla de términos que la palabra debate evoca en la mejor tradición académica. (De hecho, si no fuera porque cada vez se parece más al *rigor mortis*, bien diría que fue un modelo de rigor académico.) En fin, por mucho que los capítulos escritos se hayan enriquecido con el debate de las ponencias orales, como creo que es el caso, no pueden sustituirlo. Y más allá de las densas sesiones de trabajo queda para el recuerdo de cada quien, imborrable en mi caso, la cordial amistad con la que en todo momento, a menudo alrededor de una mesa (y no me refiero sólo a las de trabajo), nos obsequiaron nuestros anfitriones, organizadores y participantes, colegas y amigas o amigos todos.

Ya termino, y lo hago —como es debido y querido— aprovechando la oportunidad de escribir en letra impresa para expresar de nuevo mi agradecimiento a quienes han hecho posible el curso que culmina con la publicación de este libro: a Beatriz Rojas (Instituto Mora), Jaime del Arenal (Escuela Libre de Derecho), Rafael Diego Fernández (El Colegio de Michoacán), Clara García (CIDE) y Andrés Lira (El Colegio de México), por su excelente acogida, impecable organización y generoso patrocinio; a las y los participantes todos por su activa y estimulante participación; a mis colegas de HICOES, además de por todo lo demás, por haber sobrellevado pacientemente mis escasas dotes coordinadoras.

Carlos Garriga, en Madrid, a 22 de septiembre de 2008

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Chust, Manuel y José Antonio Serrano, "El liberalismo doceañista en el punto de mira: entre máscaras y rostros", en Mónica Quijada y Manuel Chust (coords.), *Liberalismo y Doceañismo en el mundo Ibero-Americano*, Monográfico de la *Revista de Indias*, vol. LXVIII, núm. 242, 2008, pp. 39-66.

Glendinning, Nigel, "Re-contextualizing Goya's Allegories: History and Poetry", en *Art Bulletin of the Nationalmuseum*, núm. 5, 1998, pp. 77-84.

———, "Las alegorías de Goya relacionadas con la historia y la poesía", en *I Congreso Internacional "Pintura Española del siglo XVIII"*, Madrid, Fundación Museo del Grabado Español Contemporáneo, 1998, pp. 461-472.

Goya y el espíritu de la Ilustración, Madrid, Museo del Prado, 1988.

López Torrijos, Rosa, "Goya, el lenguaje alegórico y el mundo clásico. La etapa de madurez", en *Archivo Español de Arte*, vol. LXIX, núm. 273, 1996, pp. 1-21.

Luna, Juan J. y Margarita Moreno de las Heras, *Goya, 250 aniversario*, Madrid, Museo del Prado, 1996.

Rose-de Viejo, Isadora, "Las alegorías para el palacio madrileño de Godoy", en VV.AA., *Goya*, Barcelona, Fundación Amigos del Museo del Prado-Galaxia Gutenberg, 2002, pp. 99-118.

Sayre, Eleanor A., "Goya. A Moment in Time", en *Nationalmuseum Bulletin*, vol. III, núm. 1, 1979, pp. 28-49.

Tierno Galván, Enrique (pról.), *Goya y la Constitución de 1812*, Museo Municipal (diciembre 1982-enero 1983), Ayuntamiento de Madrid, 1982.

I. TRÁNSITOS

ENTRE LA HISTORIA Y LA ECONOMÍA POLÍTICA: ORÍGENES DE LA CULTURA DEL CONSTITUCIONALISMO

José M. Portillo Valdés
Universidades de Santiago de Compostela y del País Vasco

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Historiografía civil y cultura de la constitución. 3. De la economía política a la necesidad de la constitución. 4. Proyectismo constitucional.– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

1. PLANTEAMIENTO

Antes de que hubiera constitucionalismo hubo cultura del constitucionalismo, como es obvio. Las ideas sobre la constitución que se ponen articuladamente y en orden por vez primera en el mundo hispano desde 1810, con frutos muy variados, no surgen, en su mayoría, únicamente del intenso debate político que se abre con la crisis de la Monarquía desde mayo de 1808. Buena parte de esas ideas había ido adquiriendo forma previamente, en ambientes políticos no muy amigables por lo general, y en el contexto de debates que no tenían que ver directamente con cuestiones como el derecho público de la Monarquía o su gobierno, donde, en principio, se diría que más espontáneamente podía surgir una cultura del constitucionalismo. Si por ésta entendemos la expresión de la necesidad de la constitución como sistema que permitiera eclosionar al vecino ciudadano a través de una representación nacional, a la vez que salvaguardaba sus derechos de propiedad y libertad, su filiación remite mucho más claramente a la economía política. Si se entiende, por otro lado, como un hecho históricamente existente y, por ello, recuperable, es en la historiografía donde hay que indagar. Por las razones que apuntaré enseguida, el primero de estos veneros, el de la economía política, aportó muchos más nutrientes al primer constitucionalismo hispano. La historia acabaría siempre chocando con el sujeto de su estudio, España.

En este primer capítulo estudiaremos ese proceso de formación de algunos de los nudos fundamentales que formarán el trenzado de la cultura constitucional hispana. El momento cronológico es, por tanto, previo al del constitucionalismo propiamente dicho, situándose entre las dos últimas décadas del setecientos y primeros años del ochocientos. En aquellos años no sólo se intuyó la necesidad de la constitución sino que ésta llegó a proyectarse con bastante precisión. La atmósfera no era entonces la más favorable para una floración constitucional. Pero fue justamente en el ambiente más hostil, el que sucede a la llegada al poder de Manuel de Godoy y la guerra contra la Convención, que se realizaron las propuestas constitucionales más acabadas y detalladas. Clandestinas, cegadas a la luz pública, conspirativas algunas y desafectas al modo de gobernarse entonces la Monarquía todas, estas propuestas condensaron aquella incipiente cultura del constitucionalismo.

Abriré este texto con algunas consideraciones generales sobre la extraña relación entre constitución e Historia de España, con atención siempre en el momento previo a la crisis que es nuestro espacio. No es que ahí se encuentre un muy desarrollado concepto constitucional, pero tiene interés preguntarse por esa relación en el medida en que será una de las bazas jugadas con más ahínco en el momento de la crisis monárquica. Dedicaré el grueso de este capítulo a mostrar cómo se produjo el tránsito de ideas entre la economía política y el constitucionalismo temprano.

2. HISTORIOGRAFÍA CIVIL Y CULTURA DE LA CONSTITUCIÓN

Todo invitaba a echar mano de la historia en búsqueda de recetas políticas que salvaran la situación en el momento en que se produjo la crisis de la Monarquía, entre octubre de 1807 (con el intento por la camarilla fernandina de deponer al viejo rey), marzo de 1808 (con el motín que acabó con la carrera política y casi con la vida de Manuel de Godoy) y mayo del mismo año (con el gravísimo delito cometido por ambos reyes, Carlos IV y Fernando VII, en Bayona). La historia de la Monarquía, se pensaba, podía aleccionar sobre cómo enfrentar tan extraordinaria situación. Aunque aquello no era exactamente un interregno ni una minoridad, sino una situación totalmente inaudita, enseguida se pensó, a ambos lados del Atlántico, en buscar en el depósito histórico de leyes y hechos de la Monarquía el camino a seguir. Prácticamente cualquier escrito sobre la

situación de la Monarquía fechado en esos meses está construido sobre un discurso historiográfico. En el momento en que el debate derive hacia una propuesta de mayor envergadura constitucional, con la convocatoria de las Cortes decidida por la Junta Central en mayo de 1809, se redoblará la apelación a la historia para la búsqueda de modelos a seguir, como se hará también durante el debate propiamente constituyente.

Es sabido también que incluso los más interesados en llevar adelante esa indagación historiográfica para determinar la constitución, como Jovellanos, constataron las dificultades e insalvables escollos de la empresa. No era el menor, desde luego, verse frente a la evidencia de no contar con una historia civil del sujeto fundamental del debate, España. Fue prolífico el momento en textos que presentaron esta o aquella constitución histórica de distintos territorios de la Monarquía, desde la Nueva España hasta Valencia, pero otra cosa bien distinta era la constitución de España que pudiera leerse en registro histórico. Ésa, según se comprobó entonces que urgía, simplemente no existía. Cabía, como mucho, el artificio de identificarla con la de Castilla, pero también entonces se constataba que era justamente la del reino de Castilla la constitución menos determinable en términos históricos. Es la famosa conclusión de Jovellanos: "Sin hablar más que de la constitución castellana, ¿quién será el que pueda determinarla?".[1]

Si no había excesiva dificultad para seguir el rastro histórico constitucional de los principales territorios de la Monarquía, Castilla y España —que tendían, además, a identificarse— se mostraban especialmente coriáceas a ese tipo de aproximación. Esta evidencia que a alguien tan interesado en rescatar constituciones históricas como Antonio de Capmany no le quedó más remedio que reconocer, respondía a una carencia de historiografía civil de España que los intelectuales españoles de finales del setecientos señalaron repetidamente.[2] El proyecto que Vicente González Arnao formó al respecto en 1794 sirvió para constatar cuán lejos se hallaba en aquellos momentos la república de las letras española de contar con una auténtica historia civil de España.[3]

Esta falla intelectual era más pesante en la medida en que existía una extendida conciencia sobre la necesidad de rescatar la constitución española de la historia.

[1] Jovellanos, *Memoria*, 1992, vol. I, p. 55.
[2] Capmany, *Práctica*, 1821.
[3] González Arnao, *Ensayo*, 1794.

En el discurso que pronunció Jovellanos en 1780 al ingresar en la Real Academia de la Historia establecía el canon interpretativo de la historia civil que interesaba a efectos constitucionales. Unir al estudio de la legislación el de la historia tenía para el asturiano el sentido de capacitar al magistrado para saber no sólo de la ley sino también de la constitución, esto es, de las condiciones sociales y políticas en que la legislación fundamental se había ido produciendo. Defendía en ese discurso el asturiano una interpretación de la historia constitucional de España en estadios en los que se había ido acumulando un depósito constitucional que conformaba la sustancia del *derecho español.* Pensado en clave puramente castellana, el discurso de Jovellanos advertía perfectamente la utilidad política que se derivaba de la indagación histórico-constitucional al permitir el rescate y ponderación de elementos de libertad que podían cifrarse en la consolidación municipal y en la regularidad de las Cortes en labor colegislativa con el príncipe.[4]

Que España había disfrutado históricamente de sistemas políticos en los que la monarquía estaba atemperada por formas de intervención del reino en la legislación y gobierno, era algo que más o menos repetía cualquier erudito español. Sin embargo, la búsqueda historiográfica de los rastros y evidencias de esa historia civil no se correspondieron con la relevancia reconocida, como muestra el escaso eco que en las décadas de los ochenta y noventa tuvo la pionera obra al respecto de Pérez Valiente.[5] No es que se estuviera, ni mucho menos, mano sobre mano por lo que hacía a la indagación histórica del pasado constitucional de Castilla/España. Entre los trabajos de Andrés Marcos Burriel a mediados de la centuria y los de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel en los años setenta y ochenta, puede decirse que se estaban rescatando materiales que permitían ya una cierta reconstrucción historiográfica del pasado político de la propia nación, y no sólo de la Monarquía. Si el primero había tenido la intuición de la existencia de un fuero territorial castellano, un derecho propiamente del territorio y no de la Monarquía, los segundos, siguiendo sus trabajos, dieron con el *Fuero Viejo* y lo publicaron.[6]

La intuición de Burriel era aceptable: si el núcleo a partir del cual se había ido generando la Monarquía era Castilla, convenía ante todo tener una noción

[4] Como indica el editor actual del texto, José M. Caso, el titulo con el que se conoce habitualmente este discurso es *Sobre la necesidad de unir al estudio de la legislación el de nuestra historia,* en Arroyal.

[5] Pérez Valiente, *Apparatus Iuris Publici Hispanici*, 1751. Cito de su edición actual, traducida como *Derecho*, 2000.

[6] "Carta", 1789; *Fuero*, 1771.

exacta de cuál había sido la constitución del reino antes de su progresiva degeneración hasta la época presente, sobre lo que a nadie prácticamente cabían dudas. Sin embargo, en 1786, comentando el discurso de Jovellanos de ingreso en la Real Academia de la Historia antes referido, Juan Sempere y Guarinos, todavía debía hacerse eco de la carencia esencial no ya de historia, que esa parecía aceptado que había, sino de historiografía. Reproduciendo las palabras finales del discurso del asturiano, preguntaba: "¿Pero dónde está una historia civil que explique el origen, progresos, y alteraciones de nuestra constitución y nuestra jerarquía política y civil, nuestra legislación, nuestras costumbres, nuestras glorias, y nuestras miserias?".

Animaba Sempere con Jovellanos a la Real Academia de la Historia a ponerse manos a la obra: "todos esperan de vosotros este beneficio tan provechoso, los que cultivan las ciencias, los que estiman su patria, los que aman la verdad, pero sobre todo aquellos a los que su ministerio obliga al estudio de unas leyes que no se pueden comprender sin el estudio de la historia".[7] Precisamente nada puede expresar mejor el fracaso historiográfico a que se viene aludiendo que el intento de la Academia. Si la escritura de una historia civil de América había resultado en un proyecto abortado, después de disputar largamente sobre la condición del cuerpo literario como cronista de Indias, la de España no fue mucho más esperanzadora. Hacia principios de siglo comenzaba la publicación de lo que debía ser la obra insignia de la Academia sobre la historia de España, el *Diccionario geográfico-histórico de España*. Aunque reunió a un ramillete de especialistas como el conde Campomanes, Vicente González Arnao y Joaquín Traggia con intenciones metodológicas muy actualizadas, el diccionario no pasó de ser una historia regional de Navarra, Vizcaya, Álava y Guipúzcoa.[8]

No debe tampoco extrañar tanto que el diccionario acabara siendo concebido como una suerte de *puzzle* historiográfico del que no salió más que la primera pieza. Ahí es donde se podía manifestar más sólida la tradición historiográfica española, en la elaboración de historias civiles de algunos territorios que, como los vascos y el navarro precisamente, más juego podían dar. Con el libro de Francisco Javier Clavijero ante la vista, el que sería arzobispo de Charcas, Benito María de Moxó, sentenciaba a comienzos del ochocientos:

[7] Sempere y Guarinos, *Ensayo*, 1969, t. III, pp. 140-141.
[8] *Diccionario*, 1802.

"En efecto, después de tres siglos que se han pasado desde la conquista, no tenemos aún ninguna historia de México que pueda llamarse completa...".[9] Le habría costado lo suyo al catalán encontrar algo parangonable a la obra del jesuita veracruzano referida a cualquiera de los reinos y provincias peninsulares. En efecto, la *Historia antigua de México* supuso el mayor esfuerzo realizado por la ilustración hispana de escribir una historia civil antigua que, por supuesto, fue prácticamente ignorada en la Península en el momento de su aparición y, lo que dice más, en el momento de la crisis de la Monarquía.[10]

Lo más parecido a una historia constitucional de España llegó en el año de la crisis precisamente y de la mano de Francisco Martínez Marina. El *Ensayo histórico-crítico* que publicó en 1808 presentaba, por un lado, una asumida identidad entre Castilla-León y España en el sentido de que se da por sentado que la historia de aquellos reinos era de hecho la de España. Por otro lado, este texto presentaba, desde esa asunción, una historia civil en la que entraban las formas de representación, los distintos cuerpos políticos, la dinámica de los equilibrios y desequilibrios institucionales y su relación con la evolución sociológica del reino, además de un análisis de la legislación Alfonsina de las Siete Partidas.[11]

No ha de extrañar así que en el momento de mayor necesidad de luz sobre la historia de la constitución de España, Jovellanos llamara a Martínez Marina a arrimar el hombro. Los resultados que ofreció en aquellos momentos de crisis puede que no satisficieran las expectativas de Jovellanos, mucho más moderadas, pero no se podía negar que habían cumplido con el encargo. La perspectiva histórica de una constitución de España podía dar de sí lo que el discurso de presentación del proyecto constitucional gaditano expuso a los diputados presentes en la Real Isla de León, es decir, su uso como material de filosofía política. La información sobre las distintas constituciones históricas de los territorios y reinos de España servía para argumentar a favor de derechos, libertades y mecanismos institucionales de separación y distinción de poderes, pero no podía ser presentada en sí como constituciones vivas y listas para su funcionamiento con tal cual retoque. Se requería, por ello, del aporte de otro de los nutrientes esenciales del primer constitucionalismo, la economía política.

[9] Moxó, *Cartas*, 1999, p. 1.
[10] Clavijero, *Historia*, 2000.
[11] Martínez Marina, *Ensayo*, 1808.

3. DE LA ECONOMÍA POLÍTICA A LA NECESIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

En un conocido texto de Valentín de Foronda, que se presenta bajo título también de economía política, es posible detectar tal tránsito desde esa ciencia hacia el pensamiento constitucionalista.[12] Se trata de unas cartas escritas originalmente entre 1788 y 1790 y retocadas hasta su tercera edición en 1821, dirigidas a un príncipe amigo al que se le aconseja sobre qué principios construir su nuevo reino, que no es otro que España, como deja ver al referir sus límites geográficos y su población, que justamente entonces estrenaba monarca.[13] Tampoco era tan extraño que esto pudiera ocurrir, que un príncipe se decidiera a dotar a su reino de una nueva constitución informada por la nueva filosofía y la experiencia constitucional recientemente adquirida de Norteamérica, como en aquel entonces demostraba el gran duque Leopoldo de Toscana. Se ventilan en esas cartas cuestiones relativas a aduanas, impuestos, comercio, industria y demás puntos habituales en cualquier escrito relacionado con la economía política. Se le dan consejos a este príncipe como que no estorbe la circulación de bienes y de personas, que adopte un sistema de contribuciones personales, que no introduzca ni permita privilegios en su reino. Se argumenta, en fin, a favor de la unificación de pesos y medidas, de la corrección moral de los préstamos monetarios con interés y de la conveniencia de deshacerse de colonias improductivas.

> Amable amigo —arranca una de estas cartas ya avanzada la obra—: Todo lo que he dicho a Vmd. hasta ahora es incontrastable si son ciertos los principios que senté en la segunda carta; pero si son falsos, iguale con cero todo lo que he escrito; avíseme de haberlo hecho así, para que una vez que determino interrumpir por ahora la carrera de mis delirios y entregarme al reposo no salga de este tranquilo estado, más que venga a chocar contra mi toda la cordillera de los Pirineos.[14]

Aquella segunda carta, en realidad la primera que entraba en materia, sentaba, efectivamente, un principio que animaba toda la larga reflexión de eco-

[12] Foronda, *Cartas*, 1994 [1821]. Ediciones anteriores en 1789-1794. Cito de la edición facsimilar de Vitoria, Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno Vasco, 1994, con un completo estudio preliminar que informa cumplidamente de la historia y contenido del texto de José Manuel Barrenechea.

[13] *Ibid.*, la referencia geográfica en pp. 260-261 y sobre la población en p. 218.

[14] *Ibid.*, p. 175.

nomía política contenida en la serie que le seguía. "Lo primero que aconsejo a Vmd. es que reconcentre toda su atención para penetrarse de la verdad importante, que *los derechos de propiedad, libertad, seguridad e igualdad son los cuatro manantiales de la felicidad del Estado.*"[15] El derecho a poseer la propia persona y las cosas beneficiadas por su industria y conocimientos, el derecho a usar de la propiedad según la conveniencia del propio interés siempre que no vulnere los derechos ajenos y el derecho a la certidumbre de que ni la persona ni sus bienes han de depender del capricho del magistrado componían el conjunto esencial de principios "a cuyo favor se resolverán un gran número de problemas político-económicos".[16] El príncipe perfecto que imaginaba en estas cartas Foronda para España en el entrante Carlos IV era uno que podía hacer "todo aquello que no viole estos sagrados derechos", aceptando que constituían límites indisponibles para su propia capacidad legislativa. Consecuentemente, por ejemplo, podía ahora argumentar Foronda que la legislación que estableciera la libertad de producir y de comerciar, o que removiera, como dirá Jovellanos, todo obstáculo natural, legislativo o moral opuesto a esa libertad era un imperativo constitucional para el príncipe. No ha de extrañar que este texto de Foronda fuera expresamente utilizado como prueba de descargo por Antonio Nariño en Santa Fe de Bogotá al ser juzgado en 1795 por haber publicado una traducción de la declaración de derechos de la Asamblea Nacional francesa.

La posición defendida en 1788 por Foronda es comprensible desde los propios postulados que se asumen de la economía política: si se aceptaba que el interés individual y su libre acción formaban el núcleo duro de todo progreso social los derechos que se asociaban al mismo sujeto —propiedad, libertad, seguridad— debían concebirse como fundamentos de la acción política encaminada a su protección. Este paso hacia el constitucionalismo debía, sin embargo, completarse pues hasta ahí podían llegar también quienes, sin embargo, concluían que era al príncipe en exclusiva y sin más concurso que el de su gobierno a quien tocaba ocupar en exclusiva el ámbito de la política. Como antes se insinuó, fue desde la experiencia de las Sociedades Económicas que se atisbó el modo de dotar de contenidos más audaces la idea de la comunicación

[15] *Ibid.*, p. 4. Las cursivas son originales. En el estudio preliminar se informa oportunamente que la inclusión de la igualdad en esta nómina de derechos es la única alteración que, para su edición de 1821, prefirió Foronda no advertir en nota sino dejarla incorporada al propio texto (p. CXXV).

[16] *Ibid.*, pp. 6, 13.

política entre el príncipe y la sociedad, lo que fue también un nutriente muy interesante para el incipiente constitucionalismo de finales del siglo.

Las ideas de Campomanes al respecto constituyeron el punto de arranque para una apuesta mucho más civil respecto del papel que debían jugar estas "juntas". Es lo que en 1784 daba a entender Jovellanos ante la Sociedad Económica de Madrid al recordar que la labor de sus miembros era loable por su altruismo y porque "al mismo tiempo cooperan, por decirlo así, con el Gobierno en el importante ministerio de labrar la felicidad del Estado...".[17] Antes, en 1781, había recordado a los miembros de la Sociedad de Amigos del País de Asturias que entre las obligaciones de sus socios debía contarse el estudio de la economía política, "que es la ciencia del ciudadano y del patriota".[18] Como juntas de patriotas, de ciudadanos que se interesaban en el progreso y el bienestar de sus sociedades locales, que colaboraban con el gobierno en esa labor, las Sociedades se tuvieron entonces como espacios de desenvolvimiento civil. Manuel de Aguirre en 1785 resumió perfectamente esta idea al afirmar que las "Sociedades Patrióticas" debían actuar como vehículos de comunicación entre el monarca y su pueblo. De manera más penetrante proponía el "Militar Ingenuo" que la posibilidad de comunicación se hiciera extensiva al conjunto de la sociedad: "Puesto que no tiene el pueblo ocasión alguna en que mostrar sus necesidades y opresión, el Director de la Sociedad y los de las Comisiones Sociales deberían tener en su casa una caja con abertura y conducto puesto a la calle y que estuviese abierto dos días a la semana, para que echase el que quisiera, como en el Correo, los papeles de sus reflexiones y noticias".[19]

Es idea que seguirá teniendo recorrido. Aprovechando el paso efímero de Jovellanos por la secretaría de Estado de Justicia, le remitía Miguel Ignacio Pérez Quintero una serie de reflexiones para la promoción de la agricultura española que fueron publicadas en 1798. Pérez Quintero es un personaje de muy trasera fila en el paisaje de la república de las letras, respondiendo el suyo al tipo social del eterno postulante a puestos oficiales en la corte que trataba de hacerse visible a través de escritos, de más que notable extensión, que rara vez se trasladaban a letras de molde. Su interés radica, por tanto, más en lo que replica que en lo que aporta. Allí proponía crear una suerte de consulados de

[17] En Jovellanos, *Obras*, 1952, t. L, p. 209.
[18] *Ibid.*, p. 439.
[19] Aguirre, *Sistema*, 1784, en del mismo *Cartas*, 1788, p. 80.

agricultores en cada provincia, con delegaciones locales, que se articularan con las Sociedades Patrióticas para el fomento y la gestión de los progresos de la agricultura. La idea era crear una articulación reticular de corporaciones agrarias —"sociedades municipales agronómicas"— y de las ya existentes Sociedades Económicas provinciales cuya utilidad consistía, por un lado, en confiarles ámbitos de administración de intereses locales —como la de los pósitos— y, por otra parte, precisamente en comunicar el país y el gobierno para una adecuada toma de decisiones en lo que hacía a la política agraria.[20]

Abordando su aproximación desde distintos puntos de vista, siempre en estrecha relación con la economía política, el pensamiento político español de finales del setecientos llevará este planteamiento hasta la formulación constitucional de la necesidad de la representación. Se tratará ya no sólo de proponer que las Sociedades Económicas jueguen un papel de comunicación entre el gobierno y la sociedad sino, más en la línea de la cultura constitucional que entre América y Europa se abría paso, se manifestaba la urgencia de reformar el orden interno de la Monarquía de modo que tuviera cabida en él la actividad política de los ciudadanos. Si a éstos la economía política los había ya situado en un plano protagonista respecto del desarrollo de la Monarquía, su bienestar y riqueza, ahora se procederá a reivindicar también su centralidad política a través de la representación. Fue ahí donde se produjo la fisura más notable entre quienes asumían la modernidad comercial sin variar su posición respecto a la adjudicación de la dirección política de la Monarquía en exclusiva al rey y su gobierno y quienes, por el contrario, entendieron que sin un sustancial viraje constitucional que limitara la capacidad de intervención social del gobierno monárquico y creara un espacio representativo de la ciudadanía no podía irse mucho más allá.

4. PROYECTISMO CONSTITUCIONAL

Espoleado por lo que entendía como un vicio constitucional del sistema de rentas de la Monarquía, lo que lo hacía ineficaz por mucho que se esforzaran los ministros y consejeros en buscar nuevos caladeros fiscales, escribió León de Arroyal unas conocidas cartas sobre economía política donde se materializó

[20] Pérez, *Pensamientos*, 1798, pp. 57 y ss.

con evidencia ese tránsito hacia el constitucionalismo.[21] En la cuarta de estas misivas, fechada a mediados de 1789, expuso Arroyal con nitidez el nexo que entendía insuperable entre fiscalidad y necesidad de la constitución. Aducía allí que resultaba imposible seguir usando y abusando del crédito público en el contexto político de la Monarquía, como había quedado demostrado en la operación de los vales reales y en el recurso permanente al empréstito como forma de financiación. Como es sabido, en no muchos años esta vía efectivamente se agotará y el propio Godoy llegará a la misma conclusión que exponía aquí Arroyal: la estructura política de la Monarquía resultaba totalmente inadaptada para enfrentar sus propias necesidades fiscales. En Nueva España se vivirá precisamente una clara muestra de esa relación entre fiscalidad y despotismo patrimonial que constituirá una de las lecciones mejor aprendidas por sus elites sobre los límites de la monarquía.

El mismo año que escribía esto Arroyal se había publicado la traducción antes mencionada de los ensayos de David Hume. De la purga confesada por el traductor se había librado el célebre ensayo sobre el crédito público donde el escocés advertía sobre los perniciosos efectos que tenía el abuso de los empréstitos públicos para la salud del cuerpo político.[22] Compartiendo esta opinión, Arroyal aconsejaba centrarse en diseñar un sistema de rentas basado en contribuciones ordinarias adecuado a las necesidades del Estado, dejando el empréstito como mecanismo puramente excepcional. Y ahí justamente es donde se hacía necesaria la comunicación constitucional entre el gobierno y la sociedad porque, de otro modo, no podía tampoco esperarse implicación social en el mantenimiento del cuerpo político: "Para que en España pudiésemos fiar en los empréstitos e impuestos de Inglaterra y Holanda, era necesario que nos viésemos en iguales circunstancias... que nuestro gobierno fijase los límites de su poder y, sobre todo, que lográsemos aquella constitución popular que mueve en los hombres el espíritu de patriotismo y los interesa particular y generalmente en la causa pública".[23]

El mito estaba entonces plenamente vigente. Hacía unos años tan sólo Pedro Malo de Luque, duque de Almodóvar, había ofrecido un curioso com-

[21] Como es sabido, las cartas de Arroyal están escritas en dos momentos distintos, entre 1787 y 1790 la primera tanda, dirigida al conde de Lerena, con quien estaba enfrentado, y entre 1792 y 1795 la segunda remitida al ministro Francisco Saavedra, con quien mantuvo cierta amistad. Cito de Arroyal, *Cartas*, 1971, con la segunda parte inédita.

[22] Hume, *Discursos*, 1789, pp. 189 y ss.

[23] Arroyal, *Cartas*, 1971, p. 81.

pendio de la Constitución de Inglaterra que había colado en una adaptación para españoles de la *Histoire philosophique et politique des établissements et du commerce des européens dans les deux Indes* (empezada a publicar en 1770) de Guillaume Thomas de Raynal, y que había escrito tirando del famoso ensayo de Jean Louis De Lolme, *Constitution de l'Angleterre* (1771).[24] Las lecciones provenientes de esta y otras fuentes cuajaban en intelectuales como Arroyal: "Un inglés está seguro de que el método ordinario de gobierno no se inmutará sin el consentimiento de la nación, que no se impondrá un ochavo sin el consentimiento de la nación... un español, al contrario: toda su vida la pasa entre la desconfianza y el temor...".[25] Dicho de otro modo, la diferencia no estaba en qué impuestos se pagaran o en qué medida la Monarquía se entrampara, sino en la existencia o no de seguridad constitucional del ciudadano. Aunque el modelo ideal, el británico, estaba alejado de la mano no así con otras maniobras constitucionales que podían imitarse, como las mencionadas de Leopoldo de Toscana.

Como la aventura editorial de estas cartas es enrevesada (con atribuciones de autoría a Cabarrús, Campomanes o Jovellanos durante bastante tiempo y con una segunda parte desconocida hasta la edición que venimos refiriendo de 1971), nunca sabremos si la data de las cartas contiene o no un mensaje. El hecho es que esta cuarta carta se fecha a 13 de julio de 1789, un día antes de la emblemática fecha del 14 de julio, y contiene una evidente propuesta de reforma constitucional de la Monarquía española. No se trata de una presentación articulada de un texto constitucional, que se hará en la segunda tanda de cartas dirigidas a Saavedra, sino del señalamiento de los problemas constitucionales que debía tener presente cualquier intento de reforma de la Monarquía aprovechando que el monarca se estrenaba entonces en su trono.

El primero de ellos se refería a la mano que necesariamente había que meter a los asuntos eclesiásticos, reformando el tamaño y rentas de las sedes episcopales para adecuarlas a las necesidades espirituales de la sociedad, estableciendo rentas medias de las sedes en toda la Monarquía, regulando el sistema de oposiciones para el acceso a la carrera eclesiástica y procurando que la Iglesia se

[24] Duque de Almodóvar, *Constitución*, 2000. Edición de Jesús Vallejo de cuyo estudio preliminar están tomadas las alusiones a De Lolme y Raynal. El libro de De Lolme, referencia obligada en la Europa literaria, acabará siendo traducido también, como se sabe, en 1812. Edición Lolme, *Constitución*, 1992.

[25] Arroyal, *Cartas*, 1971, p. 82.

asemejara lo más posible a la primitiva. Se trataba, en suma, de fomentar la formación de un clero más "nacional", tal como desde el episcopalismo y el febronianismo proponían otros textos coetáneos y cómo se intentó promover también por el liberalismo católico entre 1810 y 1814. Debía también considerarse la reforma del sistema provincial para crear cuerpos más adaptados a la administración territorial que a la casualidad histórica. Dadas las dimensiones de la Monarquía, resultaba un punto de indudable trascendencia constitucional que habrían hecho suyo sin duda algunos diputados americanos en Cádiz: "La igualdad en la división de las provincias es el cimiento de la buena administración económica, civil y militar; es el gran fundamento de la exactitud en el arte de calcular, y es la única que nos puede poner en estado de fomentar este gigante cuerpo de la monarquía".[26] Se requería también delimitar la función judicial del magistrado separándola exquisitamente de la legislativa, vinculándolo estrechamente a la ley, estableciendo garantías en el proceso y, simultáneamente, prohibiendo la interpretación de la ley y obligando a la motivación de las sentencias. Sugería, finalmente, un programa de unificación de costumbres sociales que permitiera superar la situación de confederación de repúblicas locales que, de facto, presentaba la Monarquía. Un "catecismo político" podría ayudar, y mucho, a generar una conciencia de ciudadanía colectiva, pero era sobre todo obra legislativa que tenía que ir limando prácticas sociales tan envejecidas como inconvenientes.[27]

Son todas cuestiones que estarán presentes en el programa constitucional del primer experimento constitucional español entre 1810 y 1812 y, como entonces, sabía el autor de estas cartas que todo ello debía envolverse en un principio que formaba el núcleo esencial de la reflexión constitucional: "Háganse las mejores reformas, créense las mejores costumbres, introdúzcase el orden más admirable; mientras no se modere la autoridad soberana, todo será vano".[28] Era justamente lo que el inglés tenía a diferencia del español, esto es, un sistema constitucional que servía de muralla constitucional a la voluntad del príncipe. En el fondo, argüía Arroyal, no se trataba más que de utilizar el poder del propio príncipe para restituir las cosas a un estado que había sido alterado por el feudalismo y el despotismo. Es una idea de retorno a una situa-

[26] Arroyal, *Cartas*, 1971, pp. 105-106.
[27] *Ibid.*, pp. 104-114.
[28] *Ibid.*, p. 115.

ción ideal que compartió gran parte del pensamiento ilustrado y que el discurso preliminar del proyecto constitucional de 1810 adoptará de nuevo.

El ejemplo norteamericano tuvo mucho que ver sin duda en esta querencia de la ilustración por aquel paraíso perdido en que ni el feudalismo ni el despotismo impedían la efectividad de una benéfica constitución. Manuel de Aguirre alababa la elegancia matemática del constitucionalismo naciente en América justamente por la economía legislativa que rememoraba los momentos originales en que las sociedades se habían dado leyes por vez primera.[29] A ese momento remitía su respuesta a una cuestión que tenía, sin embargo, muy directamente que ver con España: "¿Cuál debe ser el verdadero espíritu de la legislación para fomentar con fruto la agricultura, la industria, las artes y el comercio en un gran reino, contrayendo las reglas que se indiquen a la extensión de los dominios de España con relación a la diversidad de sus climas, de sus producciones naturales y al carácter nacional de sus habitadores?". La pregunta la había formulado José del Río, ministro de Carlos III ante la corte portuguesa como concurso literario al que Aguirre presentó su discurso con escasa fortuna en cuanto al premio. La cuestión era de economía política y la respuesta que dio el vizcaíno fue de constitucionalismo, con proyecto articulado incluido.[30]

La reflexión de Aguirre partía del imperativo del mundo moderno que exigía hacer compatible la promoción del interés particular con el social. Imaginó una situación ideal en que el feudalismo y el despotismo no hubieran impedido esta confluencia y la tradujo como propuesta constitucional. Lo interesante es que el *Militar Ingenuo* no está interesado en un constitucionalismo primitivo en el sentido que lo podía estar Mably, esto es, como contraposición a la modernidad comercial y como reflejo de la virtud republicana. Del discurso republicano le interesaba el argumento sobre la desigualdad porque le permitía pronunciarse contra la desproporción patrimonial introducida por el feudalismo y la idea del pacto social como fundamento filosófico de la legislación por consentimiento.[31] Su remisión al pasado, sin embargo, no se hace en busca de un republicanismo primitivo que reivindicar como modelo

[29] Aguirre, "Discurso", 1973, pp. 179-180.

[30] El proyecto, junto a otros interesantes a nuestro objeto, lo recoge la compilación de Fernández, *Proyectos*, 2004.

[31] Así lo expresa, refutando el rechazo que Cristóbal Cladera había expresado respecto a la idea de pacto social por sus carencias historiográficas, en Aguirre, "Discurso", 1973, pp. 349 y ss.

sino, más bien al contrario, suponiendo que hubiera sido posible la conciliación de la modernidad comercial, del juego de intereses y pasiones como fundamento de la dinámica social, con una constitución que hubiera esquivado los graves errores del feudalismo y el despotismo.

Esa situación constitucional ideal —que es, en realidad, la propuesta que hace para España respondiendo a la pregunta formulada por José del Río— integraría elementos como el blindaje legislativo frente al estanco de la propiedad, el fomento de la nobleza del mérito y no del apellido, la libertad del comercio, la libertad de imprenta, o las costumbres sociales que fomentaban la ilustración y las virtudes ciudadanas. Al igual que Arroyal y otros autores, Aguirre entraba en el constitucionalismo de la mano de la economía política llegando a plantearse no solamente el principio de su necesidad sino también la consecuencia de la legislación, es decir, de las reformas que debía conllevar la introducción del constitucionalismo en la Monarquía española. Organización territorial, religión, justicia, costumbres sociales y libertades son los puntos que aquel constitucionalismo ilustrado identificaba como los nodos que debían formar el nuevo tejido constitucional de la Monarquía. El programa era casi gaditano.

No se trató, por tanto, solamente de un pensamiento sintomático sino que surgen en esos textos también propuestas terapéuticas muy concretas, tanto que se presentan articuladamente. Así Aguirre, deduciendo siempre de esa situación ideal que imaginaba, presentaba como primer artículo de las "Leyes constitucionales, cuya observancia es una obligación inviolable para todos los individuos de la sociedad" precisamente la limitación del poder del soberano mediante un "supremo Consejo de Estado que represente la voz del pueblo todo y su voluntad general".[32] Que el poder del príncipe y su gobierno no debía entenderse ya monopolizador de la capacidad de decisión política, es algo que intuyeron buena parte de los textos que imaginaron las reformas constitucionales a finales del setecientos. La presencia ciudadana en el ámbito de la política a través de la representación se entendía también diversa, desenvolviéndose en pueblos y provincias para conformar luego instituciones generales cerca del "Jefe Supremo de la Sociedad" —que, por otra parte, no necesariamente tenía que ser un monarca en el modelo constitucional que presentó este discurso.

De esta imaginación de la representación en el escrito pionero de Aguirre interesa tomar nota de su repercusión en distintos ámbitos, desde el local hasta

[32] *Ibid.*, pp. 190-195.

el general de la Monarquía. Si la reflexión sobre la importancia de los ámbitos municipales como escuelas de ciudadanía ya había apuntado en la ilustración española, Aguirre realiza la proyección de la ciudadanía hacia el espacio público de la Monarquía. No era ya cosa únicamente —como había expuesto otro vizcaíno, José Agustín Ibáñez de la Rentería— de lograr un buen gobierno municipal gestionado por los patricios locales en su calidad de ciudadanos, sino de idear maneras de representación general de la sociedad para poder participar también así en la legislación.[33] La posición constitucional de Aguirre exigía de suyo la superación del ideal del "repúblico" local y la eclosión de una ciudadanía de referencia global a la sociedad española. La reforma constitucional necesaria implicaba, en fin, la reunión de un parlamento con funciones colegislativas. De la relevancia de los intereses particulares para el correcto funcionamiento de la sociedad que se había traído de la economía política se llegaba a la del consentimiento para fundamentar la obligación política. Así lo estipulaba el tercer artículo de la constitución ideal propuesta por Aguirre: "El consentimiento de los diputados mencionados en el artículo antecedente, el del consejo de estado y la voluntad del depositario del poder o fuerza ejecutriz de la sociedad, han de constituir lo que se llame ley; y para toda novedad esencial en el gobierno y exacción de tributos han de convenir estas tres voluntades, como también para suspender el uso o moderar las leyes ya publicadas".

El cambio de rumbo en la política española protagonizado por el conde de Floridablanca desde 1789 y a ratos continuada por Manuel de Godoy desde 1792 afectó sin duda la continuidad de este pensamiento, sobre todo por lo que hace a sus expresiones públicas, pero no logró, desde luego, sofocar totalmente los rescoldos del mismo que continuaron mostrándose a lo largo de todo el periodo que conduce a la crisis constitucional de 1808-1812. Es en ese reguero que van dejando algunos textos producidos a lo largo de las dos décadas que preceden al debate abierto el 24 de septiembre de 1810 que se puede seguir el rastro de la conexión entre la primera Constitución española y el constitucionalismo ilustrado.

Como es sabido, el conde de Floridablanca adoptó como estrategia preventiva ante los acontecimientos desatados en Francia desde 1789 el corte en seco de la comunicación fluida que se daba en el espacio transfronterizo de la repú-

[33] Ibáñez, "Discurso", 1994. El discurso de Ibáñez de la Rentería es de comienzos de los ochenta, editado en 1790 junto a otros que se reproducen en esta edición.

blica de las letras. Por ponerle nombre, se trataba de que la maravillosa operación de comunicación que había realizado el duque de Almodóvar durante su embajada en París no se pudiera repetir ahora por miedo a que pudiera importar el virus revolucionario.[34] Suele asumir la historiografía que el intento fue más bien vano, pues siguieron igualmente llegando noticias, a través de textos de diverso tipo o de personas, que tuvieron a los intelectuales españoles al cabo de lo que ocurría y se pensaba en el país vecino en la hora crítica de su revolución constitucional. Sin embargo, las restricciones impuestas desde el ministerio a la difusión de las letras, sobre todo de aquellas que, como las que tenían que ver con la economía política más se estaban acercando al constitucionalismo, tuvo el efecto inmediato de cortar la fluidez con que en la década de los ochenta se habían transmitido, sobre todo a través de publicaciones periódicas como *El Censor* o *El Correo de Madrid*.

El dominio que llegó a adquirir Manuel de Godoy en el gobierno de la Monarquía española, intensificado en el contexto de la guerra de la Convención y su final en 1795, le permitió manejar con habilidad la política de publicaciones. Aferrado a lo que su biógrafo principal ha llamado la "política pragmática", el "Príncipe de la Paz" básicamente dio continuidad a las políticas de Floridablanca y Aranda bajo el norte siempre del servicio personal de los reyes y de la posición en que lo había constituido el propio Carlos IV de favorito y, con ello, de cliente directo de los monarcas, condición que mantendrá más allá de la crisis de 1808. No entraba en tal estructura de prioridades políticas nada que tuviera que ver con una reforma constitucional de la Monarquía, ni tan siquiera con retoques que pudieran poner en cuestión lo esencial, esto es, que el rey era el único centro político de la Monarquía, que el gobierno estaba para ejecutar la voluntad y dirección política y el pueblo para obedecer. A tales principios se atuvo también la política editorial de Godoy, abriendo y cerrando la mano a demanda de las situaciones concretas pero sin permitir en ningún caso que se conformara un estado de opinión que pudiera cuestionar los aludidos principios básicos y casi únicos de su política.

Esto explica que los textos más interesantes que se produjeron en esos momentos relativos al tránsito de la economía política al constitucionalismo que aquí interesa no vieran la luz. No significa ello que no fueran leídos y

[34] Sobre esta operación, contenida en su *Década epistolar sobre el estado de las letras en Francia*, cfr. el estudio introductorio de Jesús Vallejo al Duque de Almodóvar, *Constitución*, 2000.

conocidos en versiones manuscritas, pero, por lo general, les faltó el complemento de la publicación para su difusión. Esta condición de existencia fue la que afectó más claramente a los textos que nos interesa más concretamente considerar por contener propuestas constitucionales concretas. La segunda parte de las *Cartas económico-políticas* ya referidas de León de Arroyal datan de los años 1792 a 1795 y, como se ha recordado, permanecieron inéditas hasta 1971. No obstante, como su editor anota en la presentación del texto, el manuscrito original se encontró entre papeles que pertenecieron a Jovellanos, quien sin duda fue el destinatario elegido por Arroyal para remitirle estas cartas quizá con vistas a su publicación en el momento en que el asturiano ocupaba la Secretaría de Estado de Gracia y Justicia en 1798. Los *Apuntamientos para una reforma de España* de Victorián de Villava (1797) fueron escritos a miles de kilómetros de la corte, en la ciudad de La Plata, hoy Sucre, y permanecieron igualmente inéditos hasta que en 1822 se dieran a la imprenta en el contexto de los debates sobre el fracaso de la primera Constitución de las Provincias Unidas de 1819.[35] Finalmente, un curioso texto de incierta historia presentado como *Teoría de una constitución política para España* y escrito por Ramón de los Santos García entre 1799 y 1805, según se dice en su prólogo, no conoció pública edición hasta 1822.[36]

Si a esto añadimos que otros rastros de este incipiente constitucionalismo quedaron plasmados en textos destinados a promover rebeliones desde el interior de la Monarquía o a fomentarlas desde el exterior, y por ello reducidos al restringido espacio de la administración de justicia, la repercusión pública de estos escritos puede darse por escasa. Su relevancia radica más bien en la continuidad que muestran, en el pulso tenue que bombea únicamente lo preciso para no extinguirse y que recuperará rápidamente tono desde 1808 para manifestar todo su esplendor en la primera de las constituciones españolas. Como

[35] Ofrezco más noticias sobre el autor y el texto en la edición crítica del mismo que prepara la colección Prisma Histórico de la Fundación MAPFRE.

[36] La historia de este texto es de lo más incierta, pues por su contenido muy bien puede estar dispuesto, al menos algunos capítulos, hacia finales del setecientos, mientras otros se reescriben para adaptarlos al texto gaditano para su publicación durante el Trienio. Existe una edición con pie de imprenta en Orihuela, 1805, que es claramente espuria. Ya en el momento de su publicación se manifestaron serias dudas sobre las referencias que se daban en su prólogo acerca de la confección entre 1799 y 1805, creyendo los redactores de *El Censor* que se trataba de un texto republicano camuflado: *El Censor. Periódico político y literario*, núm. 91, 27 de abril de 1822. Véase para estos detalles Mas Galván, "Teoría", 1991, que es quien ha establecido la autoría pues el texto impreso va únicamente con iniciales.

ha mostrado la historiografía que se ha ocupado de ello, de las conspiraciones que se producen en los años noventa —todas ellas en grado de proyecto más bien precario— no se puede decir que estuvieran respaldadas por elaborados discursos políticos. Algunas, como las apellidadas por el conde Aranda, el de Teba o Alejandro Malaspina, ni siquiera deberían ser consideradas propiamente como conspiraciones sino como la expresión de la oposición al gobierno de Godoy, mientras otras más propiamente tales, como la ideada por Juan Bautista Picornell, no brillaron precisamente por su elaboración. El punto fuerte del *Manifiesto* de los conjurados para el día de San Blas de 1795 consistía en la formación de una Junta Suprema que actuara como institución representativa de emergencia para dar paso, luego de normalizado el gobierno mediante una nueva constitución, a un parlamento con funciones puramente legislativas.[37] Es el mismo mensaje que José Marchena y José Hevia enviaron al gobierno de París desde Bayona como eje principal de la campaña de fomento revolucionario en España que pergeñaban y que basaban en la convocatoria de las Cortes para proceder a una reforma constitucional.

En los textos a que he aludido antes y que pueden mostrarnos el rastro del pensamiento constitucionalista hasta su eclosión en la crisis de la Monarquía, la idea de fondo es la misma, esto es, proceder a una reforma constitucional de la Monarquía que, ante todo, implicaba la presencia parlamentaria de la nación. La primera de las cartas que Arroyal dirigió a Saavedra (1792), tras realizar un recorrido europeo que mostraba las posibilidades de la reforma, advertía respecto a España que tenía a su favor algunas leyes fundamentales aprovechables —sobre todo la que impedía al rey hacer leyes sin el concurso del reino—, y en su contra que le faltaban definiciones precisas acerca de aspectos esenciales de una sólida arquitectura constitucional: de dónde dimana el poder, el derecho del pueblo a la representación, la regulación de la sucesión, minoría y tutela en la monarquía, las funciones de los "estados generales" y la definición de las funciones de los Consejos.[38] Eran las cuestiones constitucionales que preocuparon a un buen ramillete de intelectuales españoles de la década de los noventa. En buena medida, si interesó la reforma constitucional fue para ofrecer vías que evitaran la revolución tal y como se estaba desarrollando en el país vecino.

[37] El texto en *Pan*, 1971.
[38] Arroyal, *Cartas*, 1971, pp. 151 y ss.

Como se ha recordado, Victorián de Villava escribió sus *Apuntamientos para una reforma de España* desde la distancia. En realidad, el título completo de su texto da mejor idea de su finalidad pues añade *sin perjuicio de la Monarquía ni de la Religión*. Estimando precisa una explicación sobre la intención con que se ponía manos a la obra en la ciudad de La Plata, arrancaba el prólogo del autor: "En una época en que el espíritu de libertad hace tantos progresos, y en que el entusiasmo que le subsigue hace tantos estragos, debe todo buen Ciudadano dedicar sus meditaciones a evitar una revolución, que los mismos abusos preparan, que el ejemplo de los demás Pueblos anticipa, y que debe temerse mas que los males que padecemos, y tanto más deseamos enmendar".[39] Dar un "nuevo ser" a la nación sin los riesgos "del hierro y del fuego" de la revolución era el propósito del texto del aragonés que, como se ha dicho, quedará inédito hasta 1822.

Buena parte del pensamiento español de finales del siglo XVIII interesado en explorar las posibilidades que ofrecía el constitucionalismo tuvo claro el hecho de que, bien entendida la idea de una reforma constitucional, podía resultar inmejorable preservativo ante la revolución que se mostraba peligrosamente como un desenfreno de pasiones. Las cuestiones que debían preocupar al respecto eran, más o menos, las listadas por Arroyal en la carta recién mencionada, esto es, las medidas que tenían que servir para domesticar las pasiones políticas y evitar el despotismo. Tanto en la versión que se mostraba a la vista en la Francia posterior al 10 de agosto de 1792 como en su versión de gobierno personal sin controles efectivos que se hacía valer en buena parte de Europa, el riesgo del despotismo y la tiranía fue la espuela que movió a realizar las propuestas de reforma constitucional que se contienen en estos textos.

Adviértase que para todos ellos es punto preferente de atención una reforma de la religión. No es casual, desde luego, pues era tratando de esta materia que se establecían las reservas más patentes respecto del fanatismo. Si Villava prevenía contra el fanatismo político que adivinaba en la actitud revolucionaria, no menos lo hacía, en su obra escrita y en su profesión fiscal, contra el religioso que conducía en derechura también a la tiranía. Al presentar su proyecto constitucional, León de Arroyal tuvo un exquisito cuidado al referir dónde quería

[39] De este texto existe una edición de Levene, 1946, que, al seguir la de 1822 se despega en puntos relevantes del manuscrito original. Mis citas proceden del que me parece ser el manuscrito más fiel a lo que escribió Villava y que utilizo en mi edición del texto que he referido anteriormente, donde doy cumplida noticia de los distintos manuscritos y su relevancia textual.

entroncarlo: a pesar de haber sido parida por los enemigos de España, en la Constitución francesa "de 1789". Sabía bien que de aquel año arrancaba un profundo proceso de reforma constitucional que culminó en 1791. No decía mal, porque los mismos protagonistas del drástico cambio político en Francia decidieron en 1791 coser como parte primera de su Constitución el texto de la declaración de derechos del 26 de agosto de 1789, que era también constitución.[40] Cuando él escribe su proyecto existe en Francia ya otro modelo diseñado y listo, el de 1793, pero ante todo se ha producido la traumática experiencia del giro hacia el radicalismo jacobino. Perfectamente percibió su silencio respecto de este momento que en aquel viraje se cancelaba también la revolución constitucional. Al igual que harán Álvaro Flórez Estrada y otros liberales españoles de primera hora, Arroyal prefirió hacer como si no existiera tal experiencia emparentándose con el momento de la "reforma" de 1789-1791.

En esa órbita se movía, como mucho, Victorián de Villava sin llegar nunca a obtener conclusiones del análisis de la historia de la revolución como las del prócer liberal asturiano. Un moderado como él podía asumir casi todo lo que le venía vía economía política, pero tenía que andarse con tiento a la hora de extraer lecciones constitucionales. Una cosa era traducir a Genovesi y otra muy distinta aceptar el trastorno político como vía para el cambio constitucional. A pesar de ello, su proyecto debió sorprender a quienes pudieron verlo porque, a diferencia de lo que era norma, no arrancaba por la parte de la religión sino directamente por la política, tratando, cual si de un proyecto de constitución en efecto se tratara, de la monarquía y sus reglas de funcionamiento y sucesión, del modo de hacerse las leyes en colaboración con la representación nacional, de la justicia, la educación, la milicia y la hacienda. La segunda parte ya se encargaba de poner las cosas en su sitio estableciendo de entrada la superioridad teológica y moral de "nuestra Religión" frente a quienes le imputaban "el despotismo y la ignorancia". Se trata, en suma, del esqueleto constitucional que también formó la anatomía de Cádiz pues, como es sabido, la idea entonces fue redondear la obra constitucional con una constitución religiosa y un concilio nacional. Tanto empeño puso el fiscal aragonés en asumir la trascendencia política de la verdad revelada —sobre todo por lo que hacía a la obligación

[40] De hecho su traducción al español llevará esta idea en su título: *La Constitución francesa. Decretada por la Asamblea Nacional constituyente en los años de 1789, 1790 y 1791 aceptada por el rey en 14 de setiembre de 1791.*

política— como en manifestar la necesidad de una reforma en el gobierno y administración de la Iglesia que devolviera su protagonismo original a obispos y curas junto al Papa. De manera muy similar a Arroyal entendió que era ése uno de los aspectos centrales de la reforma de costumbres sociales que el pensamiento ilustrado venía demandando y que debía acompañarse de una corrección en las manifestaciones externas de la religión que rozaban más con el fanatismo que con la asimilación del mensaje evangélico.

El fanatismo religioso y el político constituían dos manifestaciones de distorsión del orden que el constitucionalismo debía enfrentar mediante la adopción de medidas correctoras. Por ello Villava, como Arroyal, proponía una batería de medidas que tenían que ver lo mismo con la reforma de sabor episcopalista, con el reparto más justo de los beneficios eclesiásticos —dando efectividad al principio de que los curas eran de esencia a la Iglesia— o con la creación de cuerpos de representación provincial y nacional para el asesoramiento público del monarca en la labor legislativa. Al proponer la creación de un Consejo Supremo de la Nación, formado por representantes electos en las provincias, argumentaba Villava:

> Supuesto que la Constitución Monárquica exige un cuerpo autorizado, en donde se propongan y ventilen las Leyes, y especialmente habiendo sido siempre en España una práctica inconcusa desde los Reyes Godos el tratar en Cortes así los nuevos Reglamentos como las nuevas imposiciones y tributos, tampoco me persuado que les sea sensible sacrificar una parte de su poder para asegurar otra parte, y para establecer un Gobierno fijo, equitativo y permanente.

Tanto él como Arroyal, o antes Aguirre como vimos, imaginaban esa representación nacional como un congreso compuesto por diputados provenientes de elecciones o sorteos, tanto les daba en el fondo, realizados en parroquias, partidos y provincias. Se pensaba también en formas de representación propias para esos espacios locales y provinciales con capacidad para hacerse cargo de la administración de sus propios intereses, siguiendo la máxima que Jovellanos trasladaría a su influyente *Informe* de que nadie mejor que los interesados para dirigir y gobernar sus propios intereses controlando y refrenando las pasiones. Especial fruto adivinaba Villava en tal sentido para instituciones de autogobierno en América. El de la nación, como supremo, debía ser un consejo o congreso que tuviera ante todo el cometido de la colegislación con el monarca:

> La principal incumbencia de este Consejo sería rever la legislación y reformarla con aprobación del Soberano, examinar las leyes, y darles o no el pase, aprobar o reprobar los nuevos impuestos y contribuciones y tomar cuentas anualmente al Ministro de Hacienda, imprimiéndolas y publicándolas para que toda la Nación supiera la entrada, la salida, la buena o mala inversión de los caudales Públicos y del estado actual del crédito.

Más audaz, Arroyal afirmaba al respecto en frase que es casi replicada el 24 de septiembre de 1810 en la primera sesión de las Cortes de Cádiz: "Las Cortes representan el reino, y en ellas reside la soberanía nacional, siendo el rey la cabeza de este augusto cuerpo. En ellas se forman y promulgan las leyes, se decide de la paz y de la guerra, se imponen las contribuciones y se acuerdan los grandes negocios del estado".[41]

Animado por la libertad recobrada en 1795 —tras haber sido encarcelado por Pedro de Lerena— el conde de Cabarrús escribió una carta a Manuel de Godoy, ya "Príncipe de la Paz" y en el cenit de su poder, donde le aconsejaba la línea política que debía profundizar. El favorito de Carlos IV debía, a su vez, al conde la intercesión ante su hija Teresa y su yerno Jean-Lambert Tallien para llevar a buen puerto las negociaciones que fructificaron en la paz de Basilea, por lo que aquél se permitió el desquite de presentarse como consejero de príncipes en la mencionada misiva fechada en diciembre de 1795. "Sentemos pues —afirmaba Cabarrús— que el único medio de perpetuar y asegurar las monarquías es el reconciliarlas con el interés y la voluntad general, o con el objeto del pacto social...", lo que no implicaba necesidad alguna de trastorno revolucionario sino tan sólo de sabia reforma: "le basta [al príncipe] poner en distintas manos la administración de justicia y el gobierno, sin permitir que estas cosas, distintas por su naturaleza, se reúnan, conservando al mismo tiempo a cada una de ellas los atributos que le son esenciales".[42] Cabarrús, que había devorado, y asimilado como pocos la nueva ciencia de la economía política extraía también las consecuencias constitucionales de sus principios. Si la sociedad debía conceptuarse como conjunto concurrente de intereses, su organización racional requería del constitucionalismo, esto es, de seguridad judicial de los derechos —y en especial el de la propiedad— y de consentimiento en la legislación como principio de obligación política.

[41] Arroyal, *Cartas*, 1971, p. 235.
[42] Conde de Cabarrús, "Carta", 1973, pp. 66 y 71.

Aun con la moderación que su propio talante le imprimía y que el destinatario de la misiva casi obligaba, la reforma del gobierno que le insinuó en esta carta al "Príncipe de la Paz" —con nulo éxito— reproducía los lugares comunes de los textos que venimos viendo: "Sustituir al Consejo en el reino, y a los Acuerdos en las provincias cuerpos mejor organizados para consultar a S.M. las leyes o providencias gubernativas por medio de las secretarías, a esto ciño todo el sistema de gobierno". El Consejo lo quería transformado en un parlamento de 66 diputados (tres por provincia) empeñado en la tarea de asesoramiento legislativo, dejando la ejecución material de la legislación en los territorios en manos de diputaciones provinciales presididas por el intendente.[43] La *Teoría de una Constitución política para España*, por su parte, proponía adoptar una serie de medidas transitorias encaminadas a facilitar el tránsito hacia un sistema constitucional, como la creación de un directorio encargado del Ejecutivo y "un senado de 30 a 50 personas que ayuden al poder ejecutivo con sus consejos y provea todos los empleos nacionales". Se completaba este sistema transitorio con una junta "compuesta de diputados nacionales elegidos en cada provincia, y tendrá la facultad de velar sobre los intereses de la nación relativos a su libertad".[44] Por ahí andaba entonces la propuesta, digamos, más habitual: dándole vueltas a la necesidad de una institución representativa de la nación y compuesta por diputados enviados por las provincias.

Aunque a Cabarrús esto le importaba seguramente bastante menos, los autores que más decididamente incursionaron en la elaboración de un constitucionalismo ilustrado, como Villava o Arroyal, no dudaron en establecer en el mensaje evangélico el principio de la obligación política. En una línea muy marcada de pensamiento político que llega con claridad al arranque de la historia constitucional de España, apreciaron el derecho de las naciones a constituirse y la capacidad social de alterar las reglas esenciales del gobierno —las leyes fundamentales— para procurarse su felicidad deduciéndolo del mandato divino de multiplicarse, poblar y henchir el mundo dado a la humanidad en su creación en la persona de Adán. Del mismo modo, se defenderá que el pacto social, la creación de la sociedad y de su orden político por consentimiento, no era más que la traslación político constitucional del "orden admirable" establecido por Dios en el universo. La carta cuarta de Arroyal, de mayo de 1793,

[43] *Ibid.*, pp. 73-74.
[44] Santos, *Teoría*, 1822, p. 8.

planteando una reflexión sobre los derechos del hombre como base de la constitución, prescindía deliberadamente de las enseñanzas de la filosofía política para quedarse con el evangelio en una mano y la observación de la Creación en la otra. Se trata de una actitud que reproduce luego Pablo de Olavide cuando compone, traduciendo e innovando de nuevo como era casi norma en la república de las letras, su *Evangelio en Triunfo*, donde se ensaya un completo tratado de moral para la ciudadanía católica.[45] Será ese mismo hilo el que seguirán conspicuos liberales de ambas partes del mundo hispano, como Francisco Martínez Marina o Juan Germán Roscio.[46]

No era sólo una manera de sortear a Mandeville y quedarse, sin embargo, con Hume, sino que conformó toda una vía de acercamiento a un constitucionalismo fundamentado, por un lado, en la apertura del ámbito legislativo a la colaboración nacional con el príncipe y, por otro, en la asunción de la libertad civil, la propiedad y la seguridad como derechos. Si la economía política ya había aleccionado sobre ello, al trasladarse el principio al constitucionalismo buscará seguridad en el "orden eterno" de disposición divina, como hizo Arroyal en la carta aludida. Esta línea de reflexión podía fundamentar la capacidad social de alterar las reglas de gobierno cumpliendo su obligación primera de proporcionar justicia, seguridad y abundancia —los fundamentos de la felicidad— a la nación *qua communitas*. Aun con las limitaciones sobre el conocimiento que tenemos del momento de redacción de la *Teoría* antes referida, no deja de ser coherente con este mismo planteamiento el hecho de que esta extensa reflexión se centre en el derecho de la nación a constituirse y derive luego hacia los derechos de la propia nación, para hacer su aparición los referidos a los individuos ya muy avanzado el proyecto en capítulos de justicia y ciudadanía.[47]

El constitucionalismo ilustrado se orientaba así, en buena medida, hacia un planteamiento que proponía una reforma de la Monarquía centrada en la nación. Con el punto de partida situado en la economía política había podido integrar

[45] Olavide, *Evangelio*, 1803, vols. I y II, 1808, vols. III y IV.

[46] Martínez Marina, *Principios*, 1993. El estudio preliminar ahora disponible también en Varela, *Asturianos*, 2006; Roscio (1817), *Triunfo*, 1996.

[47] Santos, *Teoría*, 1822. Así el artículo primero de este proyecto rezaba: "Toda nación es libre en convenirse para señalar la Constitución que le ha de gobernar, y a la que ha de obedecer". El quinto: "El derecho de hacer una Constitución política existe en el mayor número de ciudadanos..." El apartado siguiente —parte II— se centraba en "los derechos y las obligaciones principales de la nación española". Sólo en la parte XV aparecerá la referencia individual expresa: "De los derechos legítimos del hombre".

un discurso moral basado en el interés y la domesticación racional de las pasiones, lo que estaba a un paso evidentemente de ponderar como elementos centrales de la constitución social los derechos —a la vida, la propiedad y la seguridad— y a dos de proponer una distinción entre gobernar y legislar aduciendo la necesidad de una colaboración nacional en lo segundo, entrando así también en el terreno de la constitución política. Con ser relevante para este pensamiento la idea de la justicia como facultad independiente y regulada de dirimir conflictos y reconocer derechos, ya dejó constancia de una mayor confianza en el cuerpo de la nación que en el de los magistrados para la defensa y garantía de los mismos.

La constitución social hacía referencia al modo ideal de estar articulada una sociedad de padres de familias, parroquianos y capaces de mantenerse "con decencia". "Para ser vecino —proponía Arroyal— es necesario ser cabeza de familia o poseer hacienda propia e independiente."[48] La *Teoría*, por su parte, al llegar al ámbito local de gobierno abría capítulo propio para el "gobierno patriarcal de las familias" entendiéndolo medular para el correcto funcionamiento del sistema y, a la vez, extraño al orden propiamente político: "Esta autoridad —la patriarcal— residirá siempre en el varón de mayor edad de cada familia o línea de sangre"; "Para ejercer los derechos de esta autoridad no será necesaria elección ni aprobación de nadie..."; "...todo patriarca podrá instruir, amonestar, corregir, castigar sensiblemente a cualquiera de su familia...".[49] No es en absoluto casual que Victorián de Villava abordara su proyecto de reforma en medio de la sonora y tensa disputa que mantuvo con el gobernador de Potosí, Francisco de Paula Sanz, y su asesor letrado, Vicente Cañete, sobre el incremento de la mita del Potosí. La existencia misma de esta práctica del trabajo compulsivo le pareció a quien venía de traducir a Gaetano Filangieri y Antonio Genovesi y de iniciar en la Universidad Sertoriana de Huesca la enseñanza del derecho natural y la política, un auténtico desorden de la constitución social. No sólo por lo que más le competía como protector de indios en su calidad de fiscal, sino sobre todo intelectualmente, Villava se opuso cuanto pudo más que a la ampliación pretendida por Sanz y Cañete a la práctica sin más de la mita por entender que alteraba todos los principios de una constitución social justa al colocar fuera del orden doméstico regular a una buena cantidad de dependientes en régimen de semiesclavitud. No es que Villava pusiera en cuestión la esclavitud —él

[48] Arroyal, *Cartas*, 1971, p. 231.
[49] Santos, *Teoría*, 1822, pp. 189-195.

mismo fue dueño de esclavos y comerció con ellos— pero sí su traslación a las relaciones entre los indígenas y los dueños de ingenios, que debían más bien establecerse como pura relación comercial de compraventa de trabajo.

En esa constitución social imaginaban todos estos textos también el *humus* que nutría a la nación española. La nación como compuesto de españoles lo era de vecinos: "Español se entiende: el nacido en dominio de España, el que tenga algún abuelo o abuela españoles hasta la cuarta generación permanente en el reino, el que ha sido ya vecino de cualquier pueblo de España".[50] La nación, dicho de otro modo, podía imaginarse como un *pueblo* colectivo de todos los pueblos: "La palabra *Nación* contiene las mismas ideas que la palabra *Pueblo*, pues todos los *pueblos*, hasta una *aldea*, componen la integridad de la nación. Así pueblo y nación son una misma cosa, tienen los mismos derechos, las mismas facultades y las mismas obligaciones".[51] La nación como compuesto de pueblos que, organizados en parroquias, agrupaban familias gobernadas extrapolíticamente por padres de familia es el tipo ideal que hará suyo, como se sabe, la Constitución de 1812.

Era la nación, no los individuos propiamente, quien requería constitución política, distinción de potestades con participación en la de hacer las leyes. En realidad, habría que afinar esta afirmación pues *constitución* se requería para el gobierno, no para la nación cuya existencia se tenía ya por cierta y evidente. Al igual que en otros ámbitos (militar, religioso, rural) en el político la nación precisaba constitución para organizar el gobierno y evitar de este modo el despotismo. Se acabará justamente denominando, entre 1810 y 1812, *Constitución Política de la Monarquía Española*: se trataba de la relevancia constitucional de la distinción de poderes que aseguraba el buen orden de la constitución política que en 1797 sintetizaba Villava:

> Si la potestad legislativa que requiere madurez, reflexión, conocimientos y experiencia debe templarse en las Monarquías con un cuerpo intermedio entre el Rey y el Pueblo; si hecha ya la ley y tomada la determinación, la potestad de ejecutarla debe residir enteramente en el Monarca, porque por su naturaleza exige actividad y prontitud, el juzgar según la ley, el adjudicar según ella los bienes, el determinar la pena según el delito, en una palabra, la potestad judicial debe hallarse del todo

[50] Arroyal, *Cartas*, 1971, p. 231.
[51] Santos, *Teoría*, 1822, p. 115.

separada de la Corona, y depositada en las Justicias, que la misma elija con algunas formalidades y requisitos.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La historiografía española sobre los orígenes del liberalismo ha solido asumir 1812 como un punto de arranque con entidad suficiente para explicarse por sí mismo (Artola, 1959; Suárez, 1982; Fontana, 1979). No obstante, desde la historia de la cultura y de la práctica de la política en tiempos de la Ilustración hace tiempo que se viene detectando un debate de no poca entidad que implica muy directamente a los orígenes del constitucionalismo (Fernández Albaladejo, 2007; La Parra, 2002; Mestre, 2002). Se cuenta con un aceptable nivel de edición de fuentes, referidas buena parte de ellas en las notas a este texto, así como con aproximaciones biográficas a algunos de los personajes centrales del momento (Varela, 1988; Perdices, 1992; Pallarés, 1993; Lara, 1995). Las interpretaciones más sugestivas provienen de autores con evidente sensibilidad hacia una lectura de estos materiales como los apropiados para armar el edificio constitucional (Tomás y Valiente, 1995; Clavero, 1982). Aunque una lectura integral de todo este tránsito cultural en el ámbito atlántico de la Monarquía está por hacerse, la historiografía viene evidenciando qué materia historiográfica hay al respecto (Chiaramonte, 2004; Paquette, 2008).

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Aguirre, Manuel de, *Sistema de hacer más ventajosas las Sociedades Patrióticas* (1784), en íd., *Cartas y Discursos del Militar Ingenuo al Correo de los Ciegos de Madrid*, edición y estudio preliminar de Antonio Elorza, San Sebastián, Real Sociedad Vascongada de Amigos del País, 1973.

———, "Discurso sobre legislación" (1786), *ibid.*

Arroyal, León de, *Cartas económico-políticas*, edición, prólogo y notas de José M. Caso, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1971.

Asso y del Río, Ignacio Jordán de, y Miguel de Manuel Rodríguez, *El Fuero Viejo de Castilla, sacado, y comprobado con el exemplar de la misma Obra, que existe en la Real Biblioteca de esta Corte, y con otros Mss.*, Madrid, Joaquín Ibarra, 1771.

Burriel, Andrés Marcos, "Carta del Padre Burriel a Don Juan de Amaya"

(1751), en *Semanario Erudito, que comprehende varias obras ineditas, criticas, morales, instructivas, politicas, historicas, satiricas, y jocosas, de nuestros mejores autores, antiguos y modernos. Dalas a la luz Don Antonio Valladares de Sotomayor*, t. XVI, Madrid, por Don Blas Román, 1789, pp. 3-222.

Capmany, Antonio de, *Práctica y estilo de celebrar Cortes en el reino de Aragón, principado de Cataluña y reino de Valencia y una noticia de las de Castilla y Navarra*, Madrid, José del Collado, 1821.

Clavijero, Francisco Javier, *Historia antigua de México* (1780), México, Factoría Ediciones, 2000.

Conde de Cabarrús, "Carta al Excelentísimo Señor Príncipe de la Paz", en íd., *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública (1792-1795)*. Estudio preliminar de José Antonio Maravall, Madrid, Castellote, 1973.

Diccionario geográfico-histórico de España, Madrid, Ibarra, 1802.

Duque de Almodóvar, *Constitución de Inglaterra*. Estudio preliminar, transcripción e índices de Jesús Vallejo, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Fernández Sarasola, Ignacio, *Proyectos constitucionales en España (1786-1824)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

Foronda, Valentín de, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía-política y sobre las leyes criminales*, Vitoria, Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno Vasco, 1994 (edición facsimilar de la de Pamplona, 1821).

González Arnao, Vicente, *Ensayo de una historia civil de España*, Madrid, Benito Cano, 1794.

Hume, David, *Discursos políticos del señor David Hume, caballero escocés, traducidos del francés al castellano*, Madrid, González, 1789.

Ibáñez de la Rentería, José Agustín, "Discurso sobre el gobierno municipal", en *La ilustración política. Las "Reflexiones sobre las formas de gobierno" de José A. Ibáñez de la Rentería*, edición y estudio introductorio Javier Fernández Sebastián, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1994.

Jovellanos, Gaspar Melchor de, *Obras*, Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, Atlas, 1952, t. L.

———, *Memoria en defensa de la Junta Central*. Estudio preliminar y notas de José M. Caso González, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1992, vol. I.

La Constitución francesa. Decretada por la Asamblea Nacional constituyente en los años de 1789, 1790 y 1791 aceptada por el rey en 14 de setiembre de 1791, Madrid, 1814.

Lolme, Jean Louis de, *Constitución de Inglaterra*, edición de Bartolomé Clavero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

Martínez Marina, Francisco, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de León y Castilla, especialmente sobre el código de don Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Madrid, Ibarra, 1808.

———, *Principios Naturales de la moral, la política y la legislación* (1824), edición y estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1993.

Mas Galván, Cayetano, "Una Teoría constitucional española de ¿1805?", en Pedro Molas (editor), *La España de Carlos IV. I Reunión Científica de la Asociación de Historia Moderna*, Madrid, Tabapress, 1991.

Moxó, Benito María de, *Cartas mejicanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

Olavide, Pablo de, *El Evangelio en Triunfo, o historia de un filósofo desengañado* (1798), Madrid, 1803, vols. I y II; 1808, vols. III y IV.

Pan y toros y otros papeles sediciosos del siglo XVIII, recogidos y recopilados por Antonio Elorza, Madrid, Ayuso, 1971.

Pérez Quintero, Miguel Ignacio, *Pensamientos políticos y económicos dirigidos a promover en España la agricultura y demás ramos de industria, a extinguir la ociosidad y dar ocupación útil y honesta a todos los brazos*, Madrid, Benito García de Lastra, 1798.

Pérez Valiente, Pedro José, *Derecho Público Hispánico*, traducción de María de los Ángeles Durán, estudio preliminar de Pablo Fernández Albaladejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Roscio, Juan Germán, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo. Es la confesión de un pecador arrepentido de sus errores políticos, y dedicado a desagraviar en esta parte a la religión ofendida con el sistema de la tiranía* (1817), prólogo, cronología y bibliografía de Domingo Miliani, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1996.

Santos García, Ramón de los, *Teoría de una Constitución política para España. Por un español*, Valencia, Venancio Oliveres, 1822.

Sempere y Guarinos, Juan, *Ensayo de una biblioteca de los mejores escritores del reinado de Carlos III* (1786), Madrid, Gredos, 1969, t. III.

Varela Suanzes, Joaquín, *Asturianos en la política española. Pensamiento y acción*, Oviedo, KRK, 2006.

Villava, Victorián de, "Apuntes para una reforma de España, sin trastorno del Gobierno Monárquico ni de la Religión", en Ricardo Levene, *Vida y escritos de Victorián de Villava*, Buenos Aires, Peuser, 1946. Edición reciente en José M. Portillo, *La vida atlántica de Victorián de Villava,* Madrid, Mapfre-Doce Calles, 2009.

CONTINUIDAD Y CAMBIO DEL ORDEN JURÍDICO

Carlos Garriga
Universidad del País Vasco

> Pero en la vida social era imposible que el hombre pudiera vivir sin preceptos explícitos, que detallaran perfectamente los derechos y obligaciones del individuo y que, sobre todo, le impusieran la necesidad de cumplirlos. A esta necesidad proveyó la ley. Esta no es otra cosa que un precepto obligatorio, suficientemente promulgado que manda, prohibe, permite ó castiga, impuesto por quien tiene facultad para ello. La justicia desde entonces se tomó de la conformidad del acto con la ley, y á la ley se le llamó derecho. Acaso originariamente justicia significaba derecho; por lo menos es bien sabido, que en el idioma de los Romanos de jus se deriva justitia. Hoy se confunden tanto la ley y el derecho, que nada es tan frecuente como decir: con arreglo á derecho, contrario á derecho, forma de derecho, para significar: con arreglo á la ley, contrario á la ley, ó en la forma que ella previene.[1]

SUMARIO: 1. ¿De qué hablamos cuando hablamos del orden jurídico? 2. El orden jurídico de la Monarquía católica. 2.1. Un orden jurídico tradicional: concepción jurisdiccional, composición pluralista y configuración jurisprudencial. 2.2. Sobre el debate jurídico ilustrado en torno al *derecho patrio*. 3. Constitucionalismo jurisdiccional y orden jurídico. 3.1. "De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución": Cádiz, 1812, con su preliminar decurso y discurso historicista. 3.2. Valor normativo y efecto derogatorio de la Constitución. 3.3. El *espíritu de la Constitución*: la composición (constitucional) de un derecho español. 4. La construcción legal de los órdenes jurídicos nacionales. 4.1. La independencia de la América hispana: discontinuidad política, continuidad jurídica. 4.2. La incierta y problemática configuración de los nuevos derechos patrios.

[1] Guerra, *Derecho*, 1873, pp. i-ii.

4.3. CÓDIGOS POR RAZONES DE ESTADO. 4.4. CÓDIGO Y CULTURA DEL CÓDIGO. 4.5. HACIA LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LOS ÓRDENES JURÍDICOS NACIONALES: *LA LEY DEL CÓDIGO* Y EL *CÓDIGO DE LA TRADICIÓN*. 5. CONSIDERACIÓN FINAL.– ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DEL ORDEN JURÍDICO?

Como no creo que sea sin más evidente para nadie, estará bien que comencemos este capítulo por aclarar de qué hablamos cuando hablamos del orden jurídico, obviamente a los solos efectos que aquí interesan, principalmente centrados en la problemática del cambio. Me serviré para ello de dos dicotomías, muy trabajadas por la teoría analítica del derecho, que creo sumamente operativas para el historiador del derecho. Por una parte, la distinción, que no por más simple es menos trascendental, entre *norma* y *formulación de norma*, entendiendo por ésta "una expresión lingüística y la norma como significado de esa expresión", que se concreta en un contenido de significado preceptivo y presupone siempre una labor hermenéutica: una norma es una formulación normativa interpretada por los llamados a cumplirla.[2] El derecho no *es*, sino que *está* en la formulación normativa, de donde sólo sus destinatarios están capacitados para extraerlo. Como regla de conducta, la norma no existe con independencia del llamado a cumplirla: no es derecho lo que quienquiera pueda leer en un texto normativo cualquiera, sino sólo —y todo, mientras no sea rechazado por mecanismos internos al propio orden— lo que entienden quienes deben cumplirlo (por tener la norma como razón para actuar). Esto nos lleva a la segunda distinción anunciada, que es la que media entre *observadores* y *participantes*, como respectivas encarnaciones de los puntos de vista externo e interno al orden jurídico.

Si se acepta lo dicho hasta aquí, admitiendo que la norma es un contenido de significado preceptivo, la pregunta acerca de qué sea derecho *válido* (entendiendo por *validez* tan sólo "una nueva aplicación de la palabra *existe*", al modo de Hart)[3] sólo tiene sentido y puede responderse desde dentro del orden, delimitando un espacio institucionalizado definitorio de la comunidad de los parti-

[2] Alchourrón y Bulygin, *Análisis*, 1991, pp. 134-135.
[3] Hart, *Concepto*, 1998, p. 137.

cipantes y ajeno a los observadores, que sólo pueden responder por su parte a la pregunta sobre qué sea el derecho *reconocido como válido* por los anteriores. Para expresar esta idea se recurre al *reconocimiento* de las normas: observando la práctica social desarrollada al efecto por los participantes —embebida obviamente de cultura: la cultura de los participantes— se puede formular una regla descriptiva que suministre los criterios de validez o pertenencia de las normas, determinando las condiciones de identidad definitorias del orden jurídico. La *regla de reconocimiento* (según la expresión del mismo Hart) es así el dispositivo social (pues que encarna en prácticas sociales complejas que se manifiestan en conductas reales) que convierte las categorías culturales de los participantes en criterios de juridicidad: un orden jurídico será así el conjunto de normas reconocidas como jurídicas (esto es, como pertenecientes al orden) por los participantes (y en especial, por las instituciones judiciales).

A poco que se piense, se apreciará que esto tiene consecuencias decisivas en la comprensión de nuestro oficio como historiadores del derecho, que en cuanto observadores no estamos epistemológicamente legitimados para realizar la operación hermenéutica que transforma las formulaciones normativas en normas jurídicas, pero sí capacitados para identificar el cambio de orden jurídico. Por una parte, para quienes ocupan un punto de vista externo la única posibilidad de acceder al orden consiste en observar a (para describir la práctica de) los participantes. Todo lo que el observador sabe acerca del orden *depende* (he elegido el verbo con cuidado) del conocimiento suministrado por los participantes. Desde esta perspectiva, por otra parte, el cambio de orden jurídico se identifica con el cambio de la regla de reconocimiento, como determinante que es de las condiciones de identidad del orden jurídico, y sólo puede ser detectado desde un punto de vista externo. Para ilustrar ahora este severo problema e introducir de paso los debates historiográficos habidos en torno a la codificación, como fenómeno central del proceso de cambio que aquí consideramos, bastará con que recuperemos la distinción primera y tratemos de responder esta pregunta: ¿qué cambios *en* el orden son de tal modo relevantes que determinan el cambio *de* orden? Éste (i) no depende ciertamente del cambio de las normas, aunque puede comportarlo (y esa es la razón por la cual ha podido construirse una historia *continuista*, basada meramente en la continuidad que se predica de ciertas reglas jurídicas antiguas en los nuevos códigos); (ii) ni tampoco del cambio de las formulaciones normativas, por drástico que sea, aunque éste tenga en tal caso su relevancia (y esa es la razón por la cual ha

podido construirse una historia *discontinuista*, basada meramente en la sustitución de los viejos cuerpos legales por nuevos códigos). Aunque el cambio de orden jurídico comporte o pueda comportar el cambio de normas y de formulaciones normativas es en último término una cuestión de cultura —de cultura institucionalizada—, porque depende decisivamente de lo que a partir de unas u otras formulaciones reconozcan como derecho los participantes y justamente por esto sólo puede ser detectado desde la posición de los observadores, que describen la práctica social de reconocimiento de las normas.

Con este instrumental, aquí muy elementalmente presentado, considero en las páginas que siguen el cambio de un orden jurídico *tradicional* (porque reconoce la tradición como derecho) a un orden jurídico *legal* (porque identifica el derecho con la ley, como disposición de la autoridad constituida), diluyéndose en buena medida por el camino las posibilidades que ofrecía la cultura jurisdiccional que sustentaba al primero para construir un orden jurídico *constitucional* (porque identifique el derecho a partir de los derechos constitucionalmente reconocidos).

2. EL ORDEN JURÍDICO DE LA MONARQUÍA CATÓLICA

2.1. Un orden jurídico tradicional: concepción jurisdiccional, composición pluralista y configuración jurisprudencial

Si tradición es transmisión sin rupturas en el tiempo, para caracterizar de una vez el orden jurídico previo a los cambios inducidos por el constitucionalismo ningún calificativo conviene mejor que *tradicional*. El orden jurídico de la Monarquía católica no fue siempre igual a sí mismo —claro que no—, pero cambiaba permaneciendo y mantuvo siempre sus características definitorias y más sustanciales.

En respuesta a la concepción jurisdiccional del poder político, el derecho —todo derecho— se entiende como declaración de un orden dado e indisponible por trascendente, que tiene base religiosa y se asume como natural, en una composición fuertemente axiológica que garantiza la unidad de fondo, pero se manifiesta de muy distintas formas. Esta concepción, explícitamente formulada por la jurisprudencia desde los albores del *ius commune* y situada en las antípodas de la idea de poder constituyente que vino a sustituirla, tenía consecuencias decisivas para lo que aquí importa. Con unas u otras palabras,

la ley se define siempre en términos materiales y no formales: la ley es ley si y sólo si es justa (ajustada al orden), lo que se expresaba entonces con el direma *causa legis*, tornaba irrelevante la forma como fuese formulada (hasta diluir las diferencias entre ley y costumbre) y reducía al máximo el campo de la abrogación, como técnica para imponer mediante un acto de voluntad imperativa la cesación total de vigencia de la ley. Toda norma debidamente formulada (esto es, por quien tiene poder para ello) es ley y subsiste tanto como la *causa* que le dio existencia, en un orden que resultaba por ello entitativamente irreductible a la dirección de una instancia única.

Al contrario, como resultado que era de las diferentes instancias de poder político legítimamente constituidas (entiéndase, capacitadas para declarar el derecho) en un mismo espacio, aquel orden jurídico tenía de suyo una composición pluralista y estaba en consecuencia integrado por conjuntos normativos dotados de origen y contenidos diferentes, pero igualmente válidos: junto al derecho común, los derechos propios de los diferentes cuerpos políticos, fuera cual fuese su radio territorial o composición personal (desde el general del reino hasta el especial de cualquier universidad), componían un orden objetivo donde quedaban radicados los derechos —no por jerárquicos y desiguales menos— subjetivos, en correspondencia a la pluralidad de *estados* (o posiciones sociales jurídicamente relevantes). En fin, la misma dinámica de aquellos derechos fue dando lugar aquí y allá, antes o después, a consolidaciones, que con el nombre de recopilaciones o cualquier otro formaron otros tantos cuerpos legales, cuyo ámbito de vigencia coincidía obviamente con el cuerpo político correspondiente, en un proceso nunca concluso que a lo largo de los siglos fue sembrando el espacio de la Monarquía de múltiples *piezas de legislación*, en expresión de Floranes, junto a las cuales la costumbre mantuvo siempre su fuerza de obligar, en una composición de enorme importancia para la América indígena.

A nadie sorprenderá que un orden jurídico formulado en tantas y tan distintas *piezas* concurrentes estuviera plagado de antinomias, que eran de suyo irreductibles por vía legal. Teniendo que contar con toda la masa normativa acumulada por la historia, no eran muchas las reglas básicas de composición del orden y estaban orientadas a favorecer la prevalencia en su ámbito del derecho especial sobre el derecho general, y de la ley posterior sobre la ley anterior, lo que se expresaba en términos de derogación (o sea, corrección o modificación) y daba una extraordinaria importancia a la cronología, o sucesión de los cuerpos legales. No era infrecuente que sobre estas bases se dictasen

leyes sobre leyes, cuya razón de ser sólo puede entenderse si no se olvida que, presuponiendo un orden preceptivo trascendente, servían para articular la pluralidad de potestades, relacionando en términos incluyentes (o integradores) normas que en razón de su distinto origen tenían su propia fuerza en el marco de un orden jurídico histórico. Alterando las comúnmente aceptadas para dar primacía en todo caso a las leyes reales, la decisiva ley de Toro, promulgada para la Corona de Castilla en 1505, estableció su ordenación conjugando tres dicotomías: derecho común-derecho propio (para excluir al primero en el ámbito político del segundo), leyes reales (y de las *Partidas*)-leyes de los fueros (para imponer frente a aquéllas la prueba de éstas); leyes-costumbres (para impedir que las segundas prevalecieran sobre —derogasen a— las primeras); articulando un orden que puede resumirse así: las leyes de *Partidas*, corregidas por las leyes de los fueros (siempre que se pruebe su uso), corregidas por las leyes reales. Un orden que la jurisprudencia —con distintos argumentos y uno u otro acento, según autores, tendencias, épocas— manipuló para recuperar —por decirlo así— en la práctica judicial el derecho común y la costumbre *contra legem* e interpretar restrictivamente la prueba exigida para la validez de las leyes de los fueros (es decir, todas las correcciones introducidas por la ley de Toro en las reglas de derecho).

Aquel orden diacrónico no tenía otro momento de sincronía que el *caso*, sustanciado en la conciliación de todas las normas relevantes para hallar la solución ajustada a derecho, en atención a las circunstancias concurrentes. Los *iurisprudentes*, como poseedores de un saber práctico acerca del derecho (*prudentia iuris*) en su doble condición de tratadistas y de magistrados, eran maestros en este arte de componer universos normativos dispares de formación tradicional para hallar soluciones justas, es decir, consensuadas, que vencen o se imponen porque convencen en el marco de una cultura compartida. El término *interpretatio* servía entonces para englobar todo el conjunto de reglas elaboradas por la *scientia iuris* para este efecto, orientadas por dos propósitos principales: conciliar e integrar, más que excluir o desechar (declaratorio por declarado, ley por costumbre...) y mantener en la medida de lo posible los consensos jurisprudenciales tradicionalmente establecidos (la *communis opinio doctorum*). Fuera mucha o poca —si eran iletrados— la *sciencia* que tuvieran, los magistrados sumaban en todo caso la *conscientia* y cumplían una función reconocidamente decisiva en la formulación del derecho: invariablemente definido como la potestad de disponer y proveer según consciencia, el *arbi-*

trium iudicis era un poder de apreciación personal que debía ser ejercido en atención al orden y hacía del juez un elemento decisivo en la "cadena de producción del derecho".[4] De ahí que fuera un requisito esencial para acceder a la magistratura el *temor de Dios*, es decir, la adhesión al orden, que debía garantizar la justicia de las decisiones judiciales.

A partir del *jurisdiccionalismo* definitorio del Antiguo Régimen, el jurídico se configura así como un orden natural objetivado en la constitución tradicional del espacio político, que se concretaba en un conjunto de derechos judicialmente garantizados. Si buscamos un principio de legitimidad, casi todos ellos pueden reconducirse a la voluntad del rey, que en la edad moderna era pacíficamente reconocido como el único distribuidor de la jurisdicción al interior del espacio político, pero esto en modo alguno significaba que efectivamente procedieran de su voluntad ni que estuvieran a su disposición... Lejos de ser estático, aquel era un orden muy dinámico, pero el motor del cambio no era la ley sino el conflicto, que formaba entonces parte de la fisiología —y no de la patología— de los cuerpos políticos e impulsaba constantemente la renovación como *construcción jurídica*, si por tal entendemos la manipulación de/en los elementos decantados por la tradición para la articulación de las pretensiones e intereses como derechos. En este marco, la ley real gozaba de la misma autoridad indiscutida que su artífice, pero quedaba inevitablemente atrapada en la textura normativa tejida por la tradición. Presuponiendo siempre un orden jurídico superior e indisponible, todas las posibilidades paso a paso reconocidas en aquel orden a la voluntad del rey-legislador, que *sub specie* soberanía llevó a propugnar, más dogmática que efectivamente, la concentración en sus manos de la potestad legislativa, se veían limitadas por la concepción misma del *oficio* de reinar, que nunca dejó de identificarse en lo esencial con el mantenimiento del orden constituido. De aquí derivaban limitaciones insuperables, que para lo que ahora importa suponen que aquel orden tradicional, por muchas e importantes que fueran o pudieran ser las leyes reales, no podía devenir desde sus propios presupuestos orden legal. Al contrario, en ese marco tradicional (y contra lo que a veces se dice), la intensificación de la legislación real acentuaba el peso y la relevancia de la jurisprudencia, como revela muy bien el debate jurídico ilustrado, que no por casualidad coincide con (y responde a) el momento de mayor poder de la Monarquía.

[4] Meccarelli, *Arbitrium*, 1998, p. 345.

2.2. SOBRE EL DEBATE JURÍDICO ILUSTRADO EN TORNO AL *DERECHO PATRIO*

Nunca se tuvo más clara conciencia de todo esto, en efecto, que en el siglo XVIII, cuando los juristas se entregaron a remover el pasado en busca del derecho propio, ahora llamado *derecho patrio* o *nacional*. En el contexto de una reafirmación sin precedentes del poder real —que involucrando fines y medios novedosos puede muy bien calificarse de proceso de *estatalización*—, desde comienzos del siglo XVIII es patente una revalorización discursiva frente al derecho romano (visto ahora como extranjero) del propio o nacional, que muchos querían reducir además al derecho real, a través de un intenso debate que llena toda la centuria y resulta imprescindible para comprender la subsiguiente obra de las Cortes de Cádiz. Este complejo debate interesa aquí sumariamente desde dos puntos de vista, el primero de los cuales se refiere a los seculares problemas de identificación y formulación del derecho propio, que ahora se replantean con el propósito de *recuperar* (o completar) y *ordenar* del modo más adecuado los *fragmentos del cuerpo del derecho español* (según la expresión de Manuel M. Cambronero, 1803). Para la mayoría bastaba con esto, porque se entendía que el derecho español constituía de suyo y en efecto un cuerpo unitario (o *universal*, como solía decirse), aunque hubiese una incertidumbre poco menos que invencible acerca de sus componentes y ninguna certeza sobre las precisas relaciones que guardaban entre sí. El primer problema consistía, principalmente, en tratar de determinar cuál era el derecho vigente y se sustanciaba debatiendo sobre qué derogaba a qué, y en tal caso con qué efectos, a todo lo largo de nuestra historia —si bien reduciendo casi siempre el derecho español al derecho castellano— para identificar las *leyes vivas* y separarlas de las *leyes muertas*. Para resolver el segundo problema a partir de las formulaciones normativas tradicionales no cabía más que manipular la tradición en busca de las *reglas para el conocimiento de la fuerza y uso* de los distintos derechos y sus *especies*, fueran éstas *Leyes, Constituciones, Usos, Estatutos, Costumbres, Fueros y Provisiones, ó Autos del Consejo* (según la enumeración de Fernández de Mesa, en 1745). El casuismo no podía devenir *per se* sistema, como el monumental y tan tradicional *Teatro de la legislación* de Antonio X. Pérez y López (1791-1798) puso muy bien de manifiesto. Ante la imposibilidad de disponer las leyes históricas en un cuerpo de derecho claro y coherente, sistemático, cualquier solución

novedosa pasaba entonces por la reformulación del derecho tradicional: como las leyes tenían un *espíritu* que las trascendía y hasta podía sobrevivir a sus cuerpos muertos, era perfectamente concebible la tarea de extraer el viejo espíritu de los cuerpos moribundos de la legislación patria e insuflarlo en un cuerpo legal nuevo construido *ad hoc*, un *código*. Con unas u otras gradaciones y matices, ésta era la solución que a finales de siglo se vislumbraba, aunque solamente los más lúcidos y audaces concebían el código como una obra de ruptura con la tradición.

Así pues, a comienzos del siglo XIX la reforma de la legislación era un asunto planteado y ampliamente debatido, que contaba con distintas alternativas desde hacía décadas, pero que aún seguía pendiente, habida cuenta de que las realizaciones y en particular la *Novísima recopilación de las leyes de España*, manifiestamente anclada en la tradición a pesar de su tardía fecha (1805) no satisfizo las expectativas de nadie. Martínez Marina lo expresó muy bien, en el contexto histórico que he querido evocar: "[es] necesario derogar nuestras antiguas leyes y los cuerpos que las contienen, dejándolos únicamente en clase de instrumentos históricos para instrucción de los curiosos y estudio privado de los letrados; y teniendo presentes sus leyes, formar un Código legislativo original, único, breve, metódico; un volumen comprensivo de nuestra constitución política, civil y criminal [...]".[5]

Como ya revela esta opinión expresada en el tramo final del debate —vamos con nuestro segundo punto de vista—, éste había adquirido para entonces valencia constitucional, convirtiéndose, como recordaba Portillo, en uno de los principales nutrientes del constitucionalismo previo a la constitución. Cuando menos desde la obra del Padre Burriel, a mediados del siglo, y al calor de la reinterpretación historiográfica del derecho patrio (o español), se abrió, en efecto, un proceso de recuperación de una antigua *constitución* alojada —según se postulaba— en las leyes españolas, que se desenvuelve con gran complejidad y distintas derivaciones hasta desembocar en las mismas Cortes de Cádiz. Al cabo, la crisis de la Monarquía creó las condiciones de posibilidad para transmutar el constitucionalismo (histórico) en constitución (escrita).

[5] Martínez Marina, "Ensayo" (1808), p. 292 para la cita, con la que asimismo concluye su *Juicio crítico de la Novísima Recopilación* (1820).

3. CONSTITUCIONALISMO JURISDICCIONAL Y ORDEN JURÍDICO

3.1. "DE MUCHAS LEYES FUNDAMENTALES A UNA SOLA CONSTITUCIÓN": CÁDIZ, 1812, CON SU PRELIMINAR DECURSO Y DISCURSO HISTORICISTA

Tomás y Valiente resumió el último tramo de este proceso en la frase del título: "de muchas leyes fundamentales a una sola Constitución", esquematizando el trayecto que, entre la *Junta de Legislación* y la apertura de las sesiones de Cortes, conduce desde la búsqueda de una constitución histórica a la elaboración de una *Constitución política de la Monarquía española* que se presenta como regeneración o reformulación de sus antiguas *leyes fundamentales* en los términos que, quintaesenciando el *Discurso preliminar*, son patentes en el preámbulo del texto aprobado por las Cortes el 18 de marzo de 1812. Tras invocar "el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo, y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad":

> Las Córtes generales y extraordinarias de la Nacion Española, bien convencidas, despues del mas detenido exâmen y madura deliberacion, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nacion, decretan la siguiente Constitucion politica para el buen gobierno y recta administracion del Estado.

La Constitución no nace para suprimir la historia, sino para perfeccionar la antigua constitución española. No creo muy exagerado decir que la novedad a este respecto reside en el resultado y no en el procedimiento que se dice seguido para obtenerlo. Como tradicional, aquel orden jurídico se renovaba desde dentro, mediante procesos endógenos de construcción jurídica, sustanciados en la manipulación de los materiales acarreados por el pasado para la construcción jurídica del futuro. Como el *Discurso preliminar* explica, no se trataba, obviamente, de restaurar una monarquía histórica o de resucitar una vieja constitución, sino de extraer la sustancia constitucional contenida en las antiguas leyes españolas —o como tal presentada, que esto tanto da—, principalmente acerca de las limitaciones del poder real, la representación nacional y la libertad política y civil, con la seguridad de ambas. ¿Simple maniobra interesada como suele decirse? Si de valorar sus efectos se trata, muy poco importa

quién, cómo y sobre todo para qué elaboró la extensa y trabada argumentación que sostiene el *Discurso* historicista constitucionalizado en 1812, porque en el marco del orden jurídico tradicional del que a fin de cuentas procedía y al que iba en todo caso destinado esta manera de proceder marcó indeleblemente la lectura de la Constitución y con ella la obra toda de las Cortes. Y es que la relación entre la historia (sustancia constitucional) y el ejercicio constituyente (la constitución escrita) trascendió al texto de la ley fundamental y marcó toda la obra de las Cortes: si hablamos de *constitucionalismo jurisdiccional* es justamente por esto, como su mismo lenguaje de *potestades* (que no de poderes) legislativa, ejecutiva y judiciaria, significa: concebido el orden jurídico como un orden declarativo a partir de principios indisponibles, éstos quedan ahora identificados con la libertad política de la nación, tal como se formula en la Constitución aprobada por la nación representada en Cortes, religiosamente jurada por todos los españoles a ambos lados del Atlántico, e interpretada y a los efectos garantizada en último término por las propias Cortes.

3.2. Valor normativo y efecto derogatorio de la Constitución

Un somero análisis de su obra legislativa bastará aquí para comprobarlo. En primer lugar, las Cortes no manifestaron nunca una voluntad de ruptura con el pasado *in totum*. En sus decretos no puede descubrirse ninguna suerte de programa derogatorio del derecho tradicional deliberada y sistemáticamente ejecutado, y no tan sólo por causa de las circunstancias. Para hacernos una idea bastará con recordar que de los 137 decretos dictados por las Cortes antes del 18 de marzo de 1812 sólo diez de ellos tuvieron una finalidad explícitamente derogatoria de unas u otras leyes antiguas y la misma tónica se mantuvo tras la aprobación de la Constitución. Después como antes, no se trataba de destruir el orden jurídico tradicional, sino sus derivaciones y desviaciones despóticas para recuperar la libertad política de la nación, que ahora pretende asegurarse garantizando el cumplimiento de la Constitución como ley fundamental de la Monarquía, básicamente por dos vías: el juramento constitucional y el procedimiento de infracciones, que además de imponer *erga omnes* el cumplimiento bajo responsabilidad de la Constitución erigía a las Cortes en instancia de control y garante último de sus prescripciones. La Constitución ofrecía así una regla para conocer el derecho válido y los dispositivos institucionales para hacerla efectiva.

Como resultado de estas disposiciones, aunque el articulado (como el texto que le sirve de *Discurso preliminar*) nada dice expresamente, el efecto derogatorio de la Constitución era un valor entendido, tal como se puso de manifiesto ya en el debate constituyente: en la medida que el *derecho viejo* fuese incompatible con el nuevo que formulaba la Constitución, ésta debía prevalecer sobre aquél, que había de entenderse tácitamente derogado. Incompatibilidad significa o implica derogación *virtual*, como a las alturas de 1820 decía en las Cortes, p. ej., el diputado Solana: "La Constitución no ha derogado nuestras leyes civiles y criminales, mas sí nuestras leyes políticas, excepto aquella parte que forma la esencia de la Constitución misma".

Todos los españoles quedaban implicados en esta tarea: como el efecto derogatorio de la Constitución resulta de su "impacto" sobre el derecho viejo, *prima facie* puede y debe ser determinado por todos los llamados (entiéndase, jurídicamente obligados) a cumplirla, capacitados por esto mismo para decidir en cada caso qué podía o no hacerse en términos constitucionales y en este concepto convertidos en guardianes de la constitución. Antes que de la Constitución en singular, pues, habría que hablar con mayor motivo que nunca de las lecturas constitucionales en plural. Si para comprenderla no puede olvidarse que la *forma-código* (que aquí puede trasponerse a la constitución, a estos efectos un código político) opera siempre y de suyo una drástica simplificación del destinatario, como resultado que es de un proceso de abstracción sustanciado en la invención del sujeto mediante su ubicación en un espacio asimismo artificial (la nación), esto cobra especial importancia cuando (y para el efecto) constituyente de 1812 se habla de *españoles*. En aquella España recién constituida había españoles y españoles: españoles europeos y americanos, españoles blancos e indígenas, españoles vascos y catalanes, españoles laicos y clérigos, etc., etc., cada uno de los cuales quedó legitimado desde su condición y tradiciones, posición y expectativas para *leer* en tanto que español la Constitución, única como texto en el más material de los sentidos, pero sumamente plural en la lectura e interpretaciones que podían hacer tantos y tan distintos (a más de distantes) españoles, todas válidas cuando menos *en principio*, porque todas eran igualmente autorizadas mientras las Cortes, en su condición de supremo garante de la ley fundamental, no decidiesen otra cosa. Que esto sea siempre así no debe ocultar que en ciertos momentos, como aquel constituyente, tiene singular relevancia: allí y entonces deferir a los destinatarios la determinación del efecto derogatorio de la Constitución sobre el orden jurídico tradicional era hacerlos partícipes de tareas

legislativas en un sentido nada metafórico, porque especialmente entonces y allí reconocer el derecho válido era casi tanto como "legislar".

Un espacio público tan concurrido de sujetos dotados de intereses y legitimidades diversas como aquella España bicontinental había de ser, en efecto, necesariamente muy conflictivo: recuérdese si no el papel que, a tenor de las actas de sus sesiones, jugaron las Diputaciones provinciales constituidas a ambos lados del Atlántico. No en vano las Cortes Generales y Extraordinarias habían organizado todo un dispositivo para asegurar el cumplimiento de la Constitución, que tenía su punto fuerte en el procedimiento de *infracciones* previsto en el art. 373 y para lo que ahora importa explica cómo se determinaban, llegado el caso de conflicto o discrepancia, los efectos de la Constitución sobre el orden jurídico, desde el momento que, una vez apreciada la incompatibilidad entre la norma constitucional y el derecho viejo, todo lo que no fuese derogación había de ser necesariamente infracción de la Constitución, sustanciada en una responsabilidad que, alcanzando desde luego a todos los españoles, servía muy especialmente para disciplinar a (y garantizar la adhesión de) los empleados públicos y residenciaba en las Cortes la lectura última —y por eso más autorizada— de la ley fundamental. Quedó así instalada una dinámica institucional conflictiva y sumamente cautelosa, que llevó hasta las Cortes, desde todos los confines de aquella España, las dudas de constitucionalidad que planteaba la ejecución de algunas viejas leyes... En un orden de tal modo controvertido, los ciudadanos aparecían como auténticos *batidores de la ley* (según la gráfica expresión acuñada por Martínez de la Rosa en 1820), que bajo la forma de decretos eran muchas veces resultado de conflictos que, por envolver lecturas diferentes de la Constitución, llegaban a las Cortes, donde se determinaba al resolverlos el alcance del texto. No me parece muy exagerado decir que su obra legislativa debe ser vista como una explicitación y desarrollo del efecto derogatorio de la Constitución, si desde las mismas Cortes sus decretos se entendían dictados, como decía el Proyecto de Código Civil de 1821, para "uniformar toda la administración al espíritu de la Constitución".

3.3. El *espíritu de la Constitución*: la composición (constitucional) de un derecho español

La Constitución irradió —en suma— un efecto derogatorio que obviamente excedía al texto y aconseja hablar de un *orden constitucional*, que se fue perfilando al conflictivo compás de su misma aplicación práctica y era evocado

siempre que se hablaba del *espíritu de la Constitución* o del *sistema constitucional*, como algo que el texto concreta pero no agota, y a partir del cual puede apreciarse por contraste la *incompatibilidad, oposición* o *disonancia* entre el *régimen antiguo* y las *nuevas instituciones*. Un orden definido coralmente, porque vivía en la lectura e interpretación de todos los llamados (entiéndase, jurídicamente obligados) a cumplirlo, pero al cabo decidido por las Cortes, que no por nada se reservaron —por distintas vías— la interpretación última y prohibieron toda reforma constitucional por un periodo de ocho años.

En un sistema constitucional como éste, abocado a determinar constante y conflictualmente el efecto derogatorio del *derecho nuevo* sobre el *derecho viejo*, el debate político había de desenvolverse en un lenguaje jurídico y tuvo desde el primer momento un tono marcadamente historicista, subordinando la actividad legislativa a la compatibilidad entre la Constitución y las antiguas leyes de la Monarquía católica: la voluntad general no podía querer cualquier cosa, sino sólo aquello que fuese conveniente a la libertad de la nación..., tal como venía definida por la historia en su formulación constitucional. La historia proporcionó, así, los materiales necesarios para construir el discurso constitucional: la secuencia histórica *libertad* (genuina)-*despotismo* (sobrevenido y espurio)-*libertad* (recuperada) permea toda la obra legislativa de las Cortes. Por esquemático que sea, este discurso encierra todo un programa político para la construcción de España como nación, desde el momento que, entablando con el pasado una relación de inclusión/exclusión, servía para la efectiva composición de un derecho español. A fin de cuentas, la Constitución nace de y se legitima en una determinada lectura de la historia, que se impuso como discurso con ocasión de su elaboración, quedó normativizado en su texto y sirvió después para incluir o prohijar y excluir o derogar las leyes viejas. En esta lógica, el derecho viejo compatible y por ende no derogado hubo de ser asumido como parte del orden constitucional con todas sus consecuencias (esto es, amparado por los nuevos instrumentos). Fue así como los beneficios que se esperaban para la nación de la tríada *Constitución-decretos soberanos-leyes no derogadas* pasó a ser un tópico de uso frecuente en el Cádiz de las Cortes, resumiendo la paulatina composición (constitucional) de un derecho español —el derecho único de la nación constituida en Cádiz— aunque sólo fuese *en calidad de por ahora*.

¿Y hasta cuándo? La solución a la provisionalidad que así entonces se presumía estaba en la elaboración de los códigos previstos por la Constitución en su art. 258, aunque a la vista del rico debate ilustrado que llega hasta las Cortes

y del muy pobre que en éstas mereció la aprobación del citado artículo, no hay que dar en absoluto por supuesto que el desarrollo de esta previsión constitucional hubiese dado lugar a unos códigos como los que en la Francia de Napoleón habían venido a *sustituir* —ésta es la palabra clave— toda la masa normativa histórica por un cuerpo legal único y radicalmente nuevo, separando historia y derecho mediante un solo acto legislativo que al mismo tiempo cancelaba el orden tradicional e instauraba un orden jurídico legal, dotado de su propia lógica, el *règne de la loi.*

Sea ahora como fuere —más adelante volveré sobre esto—, lo cierto es que la crisis de la Monarquía católica que había posibilitado el experimento constitucional gaditano terminó desbaratándolo y al efecto se resolvió en la quiebra de la nación bicontinental entonces constituida, para dar paso a tantas otras como territorios fueron *emancipándose.*

4. LA CONSTRUCCIÓN LEGAL DE LOS ÓRDENES JURÍDICOS NACIONALES

4.1. La independencia de la América hispana: discontinuidad política, continuidad jurídica

Es evidente, pero no estará de más leerlo en palabras de entonces, escritas en el México de 1828:

> [Tras la independencia], si bien quedaron rotos para siempre los vínculos de dependencia con la España, no pudieron ni debieron quedar sin vigor las leyes que arreglaban los deberes y derechos de los que componian esta nueva sociedad; pues que no pudiéndose renovar sino con el transcurso del tiempo y por las autoridades competentes, la repentina abolicion de todas ellas habria sido lo mismo que el establecimiento de una absoluta anarquía á la sazon que mas se necesitaba del órden.[6]

Otro tanto se pudo decir, y nunca faltó quien lo dijera, en tantos otros territorios como —y cuando— alcanzaron su independencia política. Un cambio, pues, advino inmediatamente, y de singular trascendencia —por

[6] *Colección* (1829), 2005, p. 1.

obvio que sea— para esta historia: con la(s) independencia(s) y consiguiente división territorial de *la América* el viejo orden jurídico común quedó asimismo fragmentado, dando lugar a tantos órdenes jurídicos *patrios* o *nacionales* como Estados se constituyeron (o fueron constituyéndose) en el viejo solar de la Monarquía, como las recurrentes declaraciones constitucionales sobre la vigencia de las leyes españolas no derogadas (por considerarse compatibles con el nuevo régimen político y a tenor las disposiciones que fueron dictándose en cada caso para articularlo), sancionaron oficialmente, a partir de la Constitución colombiana de 1811 (art. 72), que es la primera que se registra. Esta múltiple *estatalización* del orden jurídico tradicional respondió obviamente a las distintas modalidades impuestas por las formas —unitaria o federal— adoptadas por los nuevos Estados, que por ejemplo en los Estados Unidos Mexicanos llevaron las proclamaciones de continuidad jurídica hasta las constituciones estatales; y en cualquier caso, inevitable como era, no trae causa de semejantes declaraciones, que a lo sumo fijaron el momento y trataron de precisar el alcance jurídico de la ruptura. Nuestra historia se descompone a partir de este momento en un conjunto de historias que, con sus distintos ritmos y circunstancias, discurren paralelas y por cauces *grosso modo* similares a lo largo del siglo xix. Para empezar, a los efectos que aquí importan se mantiene, aun carente ya de base historicista, la lógica doceañista, pero con dos diferencias sustanciales: falta ahora la dirección sustantivamente constitucional y formalmente parlamentaria, que derivaba entonces del valor normativo de la Constitución, salvo las excepciones determinadas precisamente por su reposición (como en la España de 1820) o reformulación (como en el México de 1824); y es patente por doquiera la provisionalidad de este arreglo, supeditado a la reforma de la legislación *more* códigos, que se articuló por tanto no en función de la ley fundamental sino de la tradición jurisprudencial.

4.2. La incierta y problemática configuración de los nuevos derechos patrios

A partir de aquí, dado o sentado que fue el mantenimiento del orden jurídico tradicional en sus formulaciones originarias en tanto no se considerasen derogadas por las nuevas disposiciones, se desenvuelven en cada Estado dos procesos jurídicos distintos (o por lo menos distinguibles), pero inextricablemente entrelazados y respectivamente tendentes a la continuidad y a la discontinuidad del

derecho tradicional en el plano normativo: frente a la continuidad del viejo orden estatalizado y mal que bien adaptado —o adaptándose— por sus propios medios a la nueva situación política, la legislación patria tiende a introducir un factor de discontinuidad, que progresó a distinto ritmo, dando lugar a una tensión que quedaría —pretendida y ya veremos si definitivamente— resuelta —sobre todo a partir de mediados de siglo— mediante la codificación. Las décadas que siguen a la ruptura política con el pasado común estuvieron así inevitablemente marcadas tanto en España como en las repúblicas independientes de América por la dificultosa conciliación entre el viejo orden y las nuevas disposiciones, que planteaba problemas compartidos y recibió por doquiera soluciones en buena medida comunes, lo que *prima facie* explica la circulación de las ideas y los textos que sirvieron para implementarlas. En los términos generales obligados por la brevedad de la exposición puede decirse que cada uno, el *derecho viejo* y el *derecho nuevo*, siguieron en estas décadas su propio camino, aun con vías de comunicación más o menos expeditas y menos que más transitadas.

El *derecho nuevo,* que obviamente brota en cada Estado de sus propias fuentes, se desarrolló en todos más que nada para atender a las urgencias de la construcción estatal, en un contexto normalmente inestable y sumamente precario, salpicado de constantes invocaciones a la renovación legislativa pendiente que los códigos por elaborar debían culminar.[7] Sería vana la pretensión de abarcar de un vistazo un panorama tan particular como el que premiosamente van dibujando aquí y allá los cambios de régimen político cuando no las secesiones y sucesiones de Estados, pero en términos generales creo que puede decirse que la práctica normativa desplegada por todas partes y con uno u otro acento respondió a (entiéndase, cabe en) un concepto formal de ley en el menos constitucional de los sentidos, pues de hecho cualquier disposición de la(s) autoridad(es) política(s) —fuera cual fuese su condición y legitimidad— fue aparentemente merecedora de igual tratamiento. Por una parte, perdido con la de Cádiz el valor normativo de la Constitución, con la relativa excepción mexicana que la introducción del amparo en 1857 vino a consolidar (en una evolución genuina, con todos los aportes que se quieran, del jurisdiccionalismo *d'ancien régime* reformulado constitucionalmente en 1812, que quizá fue allá donde en consecuencia alcanzó mayor desarrollo) y sin olvidar ciertos ensayos de control de constitucionalidad por lo que sé débiles y poco

[7] Cfr., por ejemplo, Pallares, *Legislación*, 1897, pp. iii-vi.

eficaces que se dieron en otras partes, los derechos patrios se desenvuelven sin dirección constitucional, o sea, sin el presupuesto de los derechos, y sin perjuicio de que poco a poco fuera plantándose aquí y allá una "semilla legal republicana".[8] Por otra parte, los poderes normativos de las autoridades gubernativas, de distintas formas y con una u otra etiología (y aquí cabe todo: desde la complejidad territorial inherente a la América federal, hasta el tejido corporativo destacado cada vez con mayor fuerza por la historiografía, que considerado desde esta óptica arrojaría probablemente mucha luz), avanzaron con el siglo, aunque seguramente en ninguna parte de forma tan arrolladora como en España, donde la implantación de una Administración *a la francesa* —por decirlo rápido— actuó como condición de posibilidad ausente con tal peso en América. Justamente, si atendemos al caso español las determinaciones constitucionales que esquematizaban el proceso legislativo a partir de una división de poderes ya de por sí interpretada *pro rege* (casi) nunca impidieron que la práctica registrara un desarrollo exponencial de los poderes normativos del Gobierno y demás autoridades administrativas, que excedían con mucho la constitucional potestad reglamentaria (o ejecutiva de las leyes) y progresó mediante una panoplia de técnicas a cual más descarnada hasta conformar un poder legislativo paralelo, que era el verdaderamente efectivo. En fin, sin ánimo de frivolizar y para no simplificar una cuestión de tal modo crucial, bastará con decir, porque más no puedo en el espacio y con los conocimientos de que dispongo, que el Estado —término quizá muy poco expresivo para designar el cúmulo de poderes a la sazón arremolinados sobre el territorio— es un productor de legislación, de nuevas disposiciones, que sirven principalmente para alimentar la precaria maquinaria estatal, pero no su curador, como de nuevo para España ha destacado Marta Lorente al estudiar la publicación de la ley, que por lo demás parece haber sido —indicios no faltan— un problema muy severo por todas partes, aunque sólo fuera por la fragmentación y desarticulación del espacio político pretendidamente nacional (como el simple relato de fatigas que suelen hacer los recopiladores del nuevo derecho patrio sirve para ilustrar). Un problema que además se prolongaba en las dificultades para difundir (y facilitar el conocimiento) de las disposiciones estatales, cuya solución por lo común dependió más de la iniciativa particular que del impulso oficial: aunque no falten aquí y allá colecciones oficiales de las leyes u otras disposicio-

[8] Ramos Núñez, *Historia*, t. IV, 2003, pp. 95-260.

nes (por lo común tardías, como la monumental *Legislación mexicana* de Dublán y Lozano, que arrancó en 1876), fueron sobre todo las recopilaciones privadas —a veces oficializadas *a posteriori*— las que vinieron a cubrir mal que bien este vacío, testimoniando de paso la intrincada trama normativa evocada arriba.[9] Excede con mucho de mis posibilidades comprobar en qué medida pudo instaurarse a partir de semejante masa normativa un principio de jerarquía que sobrepusiera la ley (parlamentaria) a las restantes disposiciones, cuya eficacia en cualquier caso dependería de los tribunales de justicia y en España no hizo aparición —y muy tímidamente— hasta mediados de siglo. La pequeña historia de uno de aquellos recopiladores —el peruano Mariano Santos de Quirós—, condenado al ostracismo en 1842 por haberse permitido cuestionar en una nota el arbitrario poder normativo del Ejecutivo, quizá pueda servir para expresar —de forma nada metafórica— cuál podía llegar a ser la situación.[10]

El *derecho viejo* mantuvo obviamente intactas sus características tradicionales y con ellas todos los problemas de identificación y formulación del derecho que le eran consustanciales, y que ahora buscaron paliarse —pues que eran irresolubles— con los medios asimismo establecidos. Echemos un vistazo, simplemente para esbozar cuáles eran y cómo fueron ensayados aquí y allá.

Desde luego, (i) proliferaron nuevas ediciones de los viejos (o no tan viejos) cuerpos legales, debidas a la iniciativa particular;[11] y se compusieron o reeditaron además (ii) vulgarizaciones (compendios, epítomes, resúmenes) más o menos simplificadas de las viejas leyes.[12] Aunque no sabría decir si más repercusión, mayor interés tienen (iii) los inevitables debates acerca de la

[9] Así, Pallares, *Historia*, 1904, pp. 8-13.

[10] Ramos Núñez, *Historia*, t. IV, 2003, p. 72.

[11] Aparte de las cuatro colecciones generales de los así llamados *códigos antiguos* que se compusieron en la España de la segunda mitad del ochocientos, y sin ser las únicas, lo más destacable a este respecto es el elevado número de ediciones que conocieron las *Siete Partidas* a lo largo del siglo, no menos de once (entre 1829 y 1887), cinco de las cuales se realizaron en Paris y presentan la singularidad de reproducir —en una composición cuando menos problemática— la versión fijada por la Real Academia de la Historia en 1807 (que había sido oficializada en 1818) adicionada (salvo una, la de 1846) con la glosa de Gregorio López, y estaban preferentemente destinadas, por lo que puede saberse, al vasto mercado hispanoamericano.

[12] Aparte de la colección general de *Códigos de España* compendiados y anotados por Muro y Martínez (1874-1877), fueron elaborados algunos extractos de las *Partidas* —en línea con los provenientes del siglo anterior, que a veces fueron además reeditados— cuando menos en México (1835) y en España (1843), donde se registra además la curiosa práctica de resumir en verso las leyes de Toro (García Martín, *"Leges"*, 2006, pp. 41-42).

vigencia y alcance de los viejos cuerpos legales, que se desenvolvieron en perfecta continuidad con el discurso tradicional y al calor de la codificación fueron en ocasiones objeto de concienzudos artículos periodísticos y trabajos doctrinales.[13] En fin, y por fin, en un plano más sustantivo no faltaron ciertamente (iv) los ensayos de adaptación interpretativa de la vieja legislación a las nuevas circunstancias, que se sustanciaron en la composición de ediciones más o menos actualizadas de los viejos cuerpos legales más relevantes (como las *Partidas,* en Barcelona, 1843-1844, y Madrid, 1877-1878) o debatiendo acerca del alcance de determinadas leyes (como las de Toro) o sobre otros problemas jurídicos (como la sucesión legal de los parientes colaterales, objeto de una intensa y escrupulosa discusión en distintos países de América).[14]

Salvo excepciones, por lo demás —hasta donde yo sé— muy poco numerosas (ya se ha visto), todos estos problemas fueron abordados a título particular por los juristas y no merecieron apenas atención (o al menos, no recibieron solución) oficial. Y otro tanto ocurría en punto a la articulación de las *relaciones entre derecho viejo y derecho nuevo*, que se entablaban básicamente, por sí o por no, en términos de derogación, la cual no mereció, sin embargo y de nuevo hasta donde yo sé, ninguna reflexión de especial alcance en ningún sitio..., aunque los problemas que al respecto se planteaban están en la base de todas las obras que buscaban integrar el viejo orden jurídico y los nacientes derechos patrios. No faltan aquí ciertamente casos, más o menos abundantes que sean, de atención oficial —sea mediante actos de derogación expresa, sea recurriendo a la técnica de la *revitalización* normativa—, pero por las comprobaciones que he podido hacer casi siempre el derecho nuevo operó sobre el viejo tácitamente, remitiendo a la jurisprudencia las inevitables tareas de conciliación normativa, a empezar por la determinación del alcance derogatorio de las nuevas disposiciones sobre las viejas leyes.

En este marco, el único criterio de orientación que se hizo valer con carácter general venía dado por el *tiempo* —la cronología—, bajo la forma de la vieja

[13] Cfr., p. ej., Feliú, *Prensa*, 1966. Desde el papel que correspondía al vetusto *Fuero Juzgo* (definitivamente aclarado por el español Pacheco), o la discusión de siempre sobre la prueba del uso de las leyes del *Fuero Real*, hasta la permanente incógnita acerca del estatus del *Ordenamiento* de Montalvo y de las *Leyes del Estilo*, que por cierto fue despejada en el *Estado de Chile* mediante una ley de 28 de abril de 1838 que, considerándolas declaratorias con argumentos tomados de la tradición, las asimilaba en su fuerza de obligar al *Fuero Real* (Gil, "Leyes", 1998).

[14] Feliú, *Prensa*, 1966, pp. 34-41; Ramos Núñez, *Historia*, t. I, 2000, pp. 89-90.

regla: la ley posterior deroga a la ley anterior, que sirvió desde un primer momento para completar *por arriba* —muy escrupulosamente— el orden establecido por la ley primera de Toro. A falta de otras legales, la principal regla para introducir un cierto principio de orden en la ingente masa normativa que componían el derecho viejo y el derecho nuevo, resultó así de adaptar y reformular el tradicional orden de prelación, desdoblando el último grado para superponer en una escala cronológicamente ascendente las disposiciones posteriores a la *Novísima Recopilación*. Aunque no falte alguna formulación legal (por más que colombianas, y además muy restrictivas, sean todas las que conozco),[15] en esto como en otras cosas cundió normalmente la inhibición estatal y correspondió a la jurisprudencia la fijación de las reglas compositivas del orden jurídico, pues de eso ni más ni menos se trataba, confirmando de nuevo la ecuación —es un decir— que en un orden tradicional relaciona en términos directamente proporcionales la desordenada proliferación legislativa y el trabajo jurisprudencial. Casi no hay obra general de derecho en el siglo XIX hispánico que carezca de su orden de prelación, más o menos problematizado, sea con el propósito de formular una regla preceptiva (que es lo más común), sea para enunciar una regla descriptiva, a partir de la práctica del foro (a menudo para destacar la gran importancia adquirida por las *Partidas*).

Para comprender el alcance de este auténtico *leit motiv* de la literatura jurídica hispánica en su contexto es preciso marcar las diferencias que lo separan del orden tradicional y del orden legal. Estas últimas son muy claras: la lógica del orden de prelación, apuntada páginas atrás, nada tiene que ver con el principio de jerarquía, que presupone la omnipotencia de un poder único funcionalmente dividido y sirve para articular la separación de los poderes resultantes, relacionando en términos excluyentes normas que, en atención a su distinto origen, tienen fuerza diferente en el marco de un orden jurídico sistemático (y sirven *prima facie* para guiar la actuación de la autoridad legislativa). Incompatible llanamente con el orden tradicional, que arranca de otros principios, no parece que la lógica legal operase tampoco muy estrictamente en el seno del derecho nuevo, como insinué más arriba; pero ahora importa sobre todo —vayamos con lo segundo— considerar cómo se entablan las relaciones derecho viejo-derecho nuevo en el marco de los órdenes de prelación decimo-

[15] Mayorga, "Pervivencia", 1991.

nónicos. ¿Incompatibilidad y exclusión o compatibilidad e integración? Pues depende. Que la evidente incompatibilidad entre la vieja Monarquía católica y el nuevo régimen político surtió efectos de inmediato es claro y de ahí que ciertas porciones del derecho viejo fueran (o pudieran ser) excluidas, bien mediante un acto abolitorio (expreso o tácito), bien por pura incompatibilidad... (fenómenos que eran respectivamente impensable e innecesario en el seno del orden tradicional). No hace falta recordarlo: el derecho nuevo no sólo yuxtapuso al viejo nuevas disposiciones, sino que también impuso principios políticos que cumplieron una función por así decir depuradora del orden histórico, cuyo alcance (dependiendo como casi siempre dependió de una jurisprudencia todavía tradicional) tengo para mí que fue, sin embargo, muchísimo más limitado de lo que cabría imaginar... Ahora bien, por lo demás, la jurisprudencia (judicial y doctrinal) revela paladinamente que una vez instalados ya en el terreno de la compatibilidad se mantuvo intacta la lógica integradora del orden tradicional, al servicio de la cual vinieron adaptaciones, trasposiciones, analogías... para facilitar el encaje de *lo nuevo* en *lo viejo*. Un rápido repaso a las obras más significadas servirá para ilustrarlo, antes de volver sobre esto último.

Además de las ya mencionadas ediciones actualizadas de las *Siete Partidas*, no faltaron a ambos lados del Atlántico recopilaciones legislativas (casi siempre privadas) que procuraban una suerte de *mélange* entre el derecho viejo y el derecho nuevo, como las *Pandectas hispano-mejicanas* de Rodríguez de San Miguel (1839, 1852, cuyo discurso preliminar resulta muy expresivo de las aporías en que debía moverse el trabajo jurisprudencial), entre otras obras de similar factura que podrían citarse; todas las cuales revelan, de manera más o menos explícita, que el problema principal consistía en la identificación del derecho vigente (las *leyes vivas*, con terminología aún en uso) y se sustanciaba —como siempre— determinando qué derogaba a qué y con qué efectos, en este caso preferentemente a partir de la discontinuidad introducida por los cambios políticos decimonónicos.

El mismo espíritu animó a la elaboración de obras doctrinales que procuraban una elemental adaptación del viejo orden a la nueva situación, casi siempre mediante la simple adición a destacadas obras del género *institutista* de las principales novedades legislativas acaecidas tras el cambio constitucional y la independencia. Sin ser ni mucho menos el único (pensemos en el *Febrero*, la *Curia Filípica* o las *Instituciones* de Álvarez), el caso sin duda más destacado es la *Ilustración del derecho real de España* (1803), de Juan Sala, que gracias a su

consagración como manual de enseñanza universitaria fue editado y más o menos adicionado o adaptado a ambos lados del Atlántico en numerosas ocasiones a lo largo del siglo XIX, siempre con el mismo fin, cumplido a veces por encargo de editores que obviamente desempeñaban así una empresa antes que nada comercial (con vistas al anchísimo mercado americano).[16]

Con igual fin, fueron expresamente elaboradas otras obras que pretendían abarcar todo el espacio americano, como el *Manual del Abogado americano,* escrito por un "profesor de jurisprudencia" y vibrantemente dirigido al *pueblo americano*, que fue editado por vez primera en París, en 1827, y al menos otras dos veces más en el Perú de la década siguiente, para aliviar los problemas que padecían "los estados nacientes de la América, hasta que llegue la época de formar códigos que estén mas en armonia con las necesidades del pueblo, con el espíritu del siglo y con el progreso de las luces".[17] Al cabo, esa fue la función que efectivamente cumplió una obra de pretensiones mucho más modestas, a tenor de las inicialmente declaradas por Joaquín Escriche en la primera edición de su *Diccionario*, que vio la luz en el París de 1831 (nunca reproducidas después, por lo que he podido comprobar) y tuvo tanto en España como en América un éxito fulgurante: ésta fue la obra que, en respuesta a las necesidades y orientada por los criterios que vengo destacando mayor éxito y difusión alcanzó, conociendo en el siglo XIX no menos de veintiocho ediciones a ambos lados del Atlántico, con notas y adiciones diversas debidas a distintos autores, varias de las cuales estaban expresamente destinadas (al menos desde la de París, 1843) al público hispanoamericano en su conjunto. Y es que la *forma-diccionario* respondía muy bien a la creciente desarticulación del orden tradicional, que progresaba a distinto ritmo y afectaba muy desigualmente a sus diversas parcelas,

[16] Ninguno parece haber llegado en esto tan lejos como don Vicente Salvá, que desde su librería de París, encargó e imprimió en los años cuarenta no menos de seis *Salas* adicionados (muy levemente, hay que decir) para adaptarlos a los cambios legislativos habidos tras la independencia en España, México, Nueva Granada, Venezuela, Chile, Perú. Entre otras, tiene interés también para esto su edición del exitoso *Manual del derecho eclesiástico universal*, por Fernando Walter, traducido al español por D. Joaquín Escriche (París, 1845): "Edición en que [...] se han añadido en un Apéndice las disposiciones notables que en los puntos relativos al derecho eclesiástico han adoptado las repúblicas de Méjico, el Perú, Colombia, Venezuela, la Nueva Granada y Chile" (pp. vii-xx y 513-552 para el Apéndice); fue reeditado sin modificaciones destacables en París y México, 1852.

[17] *Manual*, 1827, con un prólogo de interés para el argumento aquí desarrollado, pp. v-xiv; atribuido a Juan Eugenio de Ochoa (Ramos Núñez, *Historia*, t. I, 2000, pp. 76-91), podría ser también de Escriche, que se dice en su *Diccionario*, 1831, autor de una obra de idéntico título.

subvirtiendo unas, ignorando otras. Otro tanto cabe decir de las revistas jurídicas, cuya proliferación en la Hispanoamérica del ochocientos se explica por su perfecta adaptación al medio, que requería publicaciones prontas y versátiles, susceptibles de múltiples usos, donde tuvieran cabida por igual la referencia a las novedades legislativas y la publicación de sentencias por cualquier razón singulares, los trabajos doctrinales y las noticias sobre las legislaciones extranjeras, pero afines en aquel espacio culturalmente homogéneo (donde las novedades circulaban porque a todos interesaban).

Importa mucho subrayar —sigamos por donde íbamos— que esta empresa jurisprudencial de *nacionalización, americanización* o *hispanoamericanización* jurídica (según los casos), tendía en su conjunto a integrar muy precisamente el *derecho nuevo* en el *derecho viejo* y no al revés (o si se quiere, la legislación patria en el derecho), hasta el punto de que muy a menudo los cambios introducidos fueron abiertamente *traducidos* a las viejas categorías, que eran las que servían para estructurar de principio a fin el discurso jurisprudencial, incluso en los textos más tardíos y de contenido monográfico. Como ya revela en el plano formal el recurrente recurso al orden de prelación, el derecho viejo proporcionaba un esquema general de ordenamiento, en el cual simplemente fueron introduciéndose los datos normativos debidos a la autoridad legislativa de turno, no es difícil imaginar con qué consecuencias, porque están a la vista.

Tengo para mí que todas estas obras tan exitosas *de transición* son testigos muy fidedignos de su tiempo. Si hay una característica que pueda predicarse por igual de todos los órdenes jurídicos resultantes de esta composición es el *sincretismo*, producto como cada uno era de una mixtura tan teóricamente imposible como prácticamente imprescindible. Puestos a elegir un ejemplo que sirva para ilustrarlo, seguramente ninguno mejor que la noción y el régimen de la ley, dada la centralidad que pretendidamente tiene en la configuración de los derechos patrios. Aunque la variedad de acentos sea enorme, creo que en términos generales toda la jurisprudencia *de transición* combina las definiciones formales de ley, que son propias del derecho nuevo, con las nociones materiales o sustantivas que yacían alojadas en el derecho viejo, sin apreciar contradicción alguna entra ambas. Dada su amplísima difusión, recomiendo al lector o lectora que repase la voz *ley* del *Diccionario* de Escriche, demasiado larga para tratarla aquí. Sin negar que se deje sentir en esto el peso de las inercias doctrinales, no creo que por sí solo sirva para explicar tan persistente y extendida actitud. Creo más bien que el espíritu sincrético que anima a la jurisprudencia

respondía mejor que ningún otro a la realidad del momento: en la lógica que así y entonces se instalaba tiene todo el sentido el decreto del Gobierno mexicano que en 1841 impuso a "todos los tribunales y juzgados, tanto civiles como militares y eclesiásticos, de cualquier clase y categoría", la obligación de "expresar la ley, cánon ó doctrina en que funden sus sentencias definitivas" (decr. 18.x.1841). *Tamaña monstruosidad* fue tácitamente derogada veinte años después por un decreto de Juárez que obligaba a fundar "precisamente en ley expresa" las sentencias definitivas (decr. 28.II.1861);[18] pero lo cierto es que la práctica de los tribunales del Distrito Federal se ajustaba como un guante —aún después del Código de 1870— a la previsión inicial, como más adelante comprobaremos. Como demuestra la azarosa experiencia española en materia de motivación (que mejor podría testimoniar), para ponderar la "legalidad" del orden no importa cuándo se introdujo esta obligación, sino cómo fue practicada. Por mucho que retóricamente se pretendiera, la fuerza de la ley —que tampoco era tanta— no bastaba por sí sola para destruir la tradición: pocos dudaban hasta la segunda mitad del siglo que la costumbre tuviera fuerza de ley, admitiendo sin mayor dificultad la costumbre *contra legem* en los términos tradicionales, una posición perfectamente coherente en un contexto tan precariamente estatal y frondosamente plural como aquél.

En el anterior como en éste, en la generalidad de los casos —a falta de reglas legales sobre la composición del nuevo orden— la legislación patria quedó a medida que fue dictándose absorbida por el orden jurídico tradicional, cuyos principios, reglas y prácticas prevalecían hasta desnaturalizar los principios, las reglas y las prácticas que se predican de un régimen de legalidad. Dicho en otros términos, por mucha que fuera su vocación legal y estuvieran crecientemente compuestos de leyes, aquellos órdenes eran todavía tradicionales y venían en consecuencia definidos por la jurisprudencia, en el doble sentido (viejo y nuevo) del término. Sin duda era mucho el peso de la doctrina en la construcción del derecho, pero no minusvaloraría yo el papel adquirido por la jurisprudencia judicial, que de necesidad hubo de ir fijando aquí y allá —y siempre en función de las características de la organización judicial— ciertos criterios para la composición del orden. Así ocurrió desde luego en España, donde una organización judicial centralizada y la fórmula de la *doctrina legal*, introducida

[18] La expresión en cursivas es de Montiel y Duarte, *Tratado*, 1877, p. 157.

como motivo suficiente para recurrir en casación (y presente asimismo cuando menos en Colombia), otorgaron desde mediados de siglo una singular relevancia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no dejó de pronunciarse sobre la vigencia de ciertos cuerpos legales, las formulaciones (o sea, las ediciones) que debían prevalecer, la ilegalidad de los reglamentos, el papel del derecho romano-canónico...[19] Y así parece haber ocurrido también en México, donde al menos la jurisprudencia federal fue sentando algunas reglas ciertas en puntos oscuros a partir de la vieja masa normativa, que a finales de siglo aparecían ya consolidados por la fuerza del uso (*infra*, 4.5). Visto en su conjunto, a partir de estos casos, quizá pueda decirse que a la jurisprudencia judicial previa al código le correspondió —siempre en íntima relación con la doctrina, que a menudo era invocada explícitamente en los *considerandos* de las sentencias— no tanto la función de estructurar el orden, que por tradicional estaba bien dotado de fórmulas de auto-composición, cuanto el papel de introducir —con la mayor eficacia— ciertos criterios de certeza.

4.3. Códigos por razones de Estado

Llegados a este punto, cualquier ensayo de caracterización general de los órdenes jurídicos resultantes del proceso sumariamente descrito obligaría a destacar la *incerteza* como problema, para la que por doquiera se presenta el *código* como la única solución adecuada a los *pueblos modernos y civilizados*. Voceado a todo lo ancho del espacio hispanoamericano se construye así un discurso sobre la incerteza, que delimita un campo semántico sembrado de expresiones como "caos legislativo", "intrincado laberinto" y abonado con invocaciones a la *modernidad* y la *civilización*, que no podía dar otro fruto que códigos y facilitaba además su circulación, a impulsos de un universalismo indiferente para con la realidad histórica.

La historiografía de la codificación ha adoptado tradicional y resueltamente este punto de vista, que es sin duda el punto de vista de los codificadores, para construir una historia cuyas principales secuencias serían: caos legislativo, cultura del código (o recepción del ideal codificador, como algo exógeno e inherente a la modernidad, con las inevitables referencias a Bentham), codificación (o reforma de la legislación *more* códigos). Desde este punto de vista, inevita-

[19] Cfr. Sánchez Román, *Codificación*, 1890, pp. 108 y ss.

blemente asociada la codificación a la modernidad, su retraso y el fracaso de algunos códigos se explicaría a fin de cuentas recurriendo al tópico de las "ideas fuera de lugar".[20] Se construye así una historia eminentemente jurídica y en buena medida desvinculada de las condiciones reales que envolvieron el desenvolvimiento del proceso codificador, que a poco que se piense remiten a la intrincada configuración de los espacios públicos y obliga a tomar en cuenta el papel que en los mismos jugaban los discursos políticos. Aun a riesgo de simplificar excesivamente, bastará con decir aquí, de modo muy general para América, que el espacio público era *de facto* excluyente (sobre todo para con la *mayoría en minoría*, los indígenas), fragmentario (como puede entreverse a través de una historiografía cada vez más volcada a destacar el componente corporativo de las nuevas naciones) y sumamente inestable (dominado como estaba por las élites que luchaban por el control del aparato de poder estatal). Este es, creo, el espacio real de la codificación *nacional* y en función del mismo deben valorarse los discursos que la tienen por objeto y ante todo el discurso sobre la incerteza, que desde este punto de vista —invirtiendo la secuencia evocada antes— viene a *crear* la necesidad de la codificación.

Obviamente, no pretendo decir que ésta fuera innecesaria, sino que, *tal como se llevó a cabo,* no parece responder tanto a las necesidades jurídicas explícitas cuanto a las exigencias políticas implícitas en el discurso. A fin de cuentas, la incerteza que así se denunciaba y opera como causa de la codificación no sólo alimentaba el hispanoamericanismo doctrinal que, trascendiendo las fronteras nacionales, englobaba órdenes jurídicos afines no sólo por el idioma que, con sus distintos acentos, oficialmente hablaban, sino que también sustentaba el pluralismo jurídico expresado en las decenas de lenguas vernáculas realmente existente, lo que es tanto como decir que impedía el control del Estado sobre el orden jurídico. Frente a un orden como el orden tradicional, irreductible a control político, los códigos que se promulgan proyectan un orden puramente legal: el Estado fue su artífice y las élites que dominaban el aparato estatal sus inmediatas beneficiarias. Como Clavero ha señalado insistentemente, el código no atiende a razones constitucionales, sino que responde a razones de Estado. Al menos tal como se hizo: todos quienes en España y América buscaban un modelo que adoptar o rechazar miraron a la Francia de Napoleón.

[20] Palti, *Invención*, 2005, pp. 26 y ss.

4.4. Código y cultura del código

Que la palabra *código* en su sentido más genérico de cuerpo legal tiene una larga historia que, arrancando del *Codex Iustiniani,* llega intacta al siglo XIX, es algo que ha podido constatar el lector de estas páginas... Que el *Code Napoléon* es un objeto radicalmente distinto puede quedar ahora comprobado destacando las tres principales rupturas que, siendo como son objeto de acalorada discusión historiográfica, mejor sirven para caracterizarlo.

La singularidad del *Code* depende primero que nada de la discontinuidad revolucionaria, que llevó a cabo una sistemática supresión de los pluralismos consustanciales al Antiguo Régimen, sin la cual no hubiera sido posible la codificación que vino por su parte a culminarla mediante la unificación del sujeto de derecho en un ámbito territorial jurídicamente unificado (la nación). Siendo como es decisivo, no me corresponde a mí en la economía del volumen tratar de la ruptura que el código marca a este respecto en el plano normativo, sino destacar que el "ligamen biunívoco código-revolución"[21] es —si cabe— más patente aún en el plano de las *formulaciones* normativas, donde la discontinuidad fue total. Aunque no deje de ser discutida, para captar esta diferencia primera que separa el *Code* de todos los precedentes me sigue pareciendo útil la distinción entre *consolidación* y *codificación*: frente a los cuerpos legales anteriores, que vienen a consolidar un material legislativo preexistente, la novedad del código radica en que *cuando menos* lleva a cabo una nueva formulación (general y abstracta) de las reglas tradicionales (por lo más particulares, casuísticas, dispersas), que pierden así su viejo carácter y pasan a ser *en todo caso* "simples elementos de una ley única y nueva" (Viora).[22]

La mejor prueba de esto es la plenitud que se predica del código, derivada del carácter abrogatorio de toda la masa normativa anterior en las materias correspondientes. Como es sabido, el *Code* fue resultado de treinta y seis leyes civiles ordenadamente elaboradas y puestas en vigor en el curso de un año, para terminar reunidas "en un seul corps de loi, sous le titre de *Code civil des Français*" por la ley de 30 Ventoso del año XII (21.III.1804), cuyo artículo 7 y último dispuso: "A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglements,

[21] Cappellini, "Códigos", 2004, p. 117.
[22] Cfr. ahora Grossi, "Code", 2006.

cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code". Con independencia del momento (final) y la forma (titubeante) como fue adoptada una decisión tan tajante, lo cierto es que marcó una ruptura perfecta entre historia y derecho, a partir de la cual *hubo de* predicarse el carácter cerrado y pleno del código, como no dejó de destacar alguno de sus primeros comentaristas.[23]

Así eliminado, de una vez, el viejo derecho, se presenta el nuevo dominado por la ley, ajena en el sentido del Código a cualquier fundamento constitucional o requisito parlamentario, en los escuetos términos consagrados por el *Titre préliminaire*. El extenso proyecto de Libro preliminar dispuesto por Portalis (cuyo título, *Du droit et des Lois*, ya indicaba que no reducía el derecho a ley positiva) despertó una fuerte oposición y dio paso a un brevísimo *Título* de tan sólo seis artículos que, bajo la rúbrica *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, se configuraba como una ley de leyes y tenía un carácter literalmente constitutivo del ordenamiento: sin mencionar siquiera otra fuente que la ley resulta especialmente relevante para esto el art. 4, que imponía al juez la obligación de juzgar en todo caso, sin posibilidad de eximirse "sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi".[24]

A partir de estos elementos, el debate historiográfico se ha centrado principalmente en el binomio *código* y *continuidad*, que ha procurado resolverse indagando la verdadera intención de sus artífices, es decir, tratando de precisar a partir de los trabajos preparatorios del *Code* en qué medida sus más radicales innovaciones fueron voluntaria y conscientemente programadas o resultado más o menos contingente del momento... Por mucho que el análisis se afine, tengo para mí que mal podrá encontrarse por esta vía una respuesta satisfactoria: si recurrimos a la diferencia subrayada por Caroni entre "historia de la codificación" e "historia del código", que no por básica es menos relevante,[25] podría decirse que al objeto de que se trata no importa tanto valorar la causa de la codificación cuanto el efecto del código. No veo por mi parte ningún inconveniente en aceptar que la discontinuidad del *Code* tal como quedó finalmente formulada, siendo como era coherente con sus presupuestos, fue un resultado más o menos imprevisto en toda su radicalidad, porque esto me parece irrelevante para caracterizarlo

[23] Maleville, *Analyse*, 1822, t. IV, pp. 352-359.
[24] *Ibid.*, t. I, pp. 4-13.
[25] Caroni, *Lecciones*, 1996.

a los efectos de que se trata: si el *Code* entrañó un acto de ruptura con el pasado fue porque *una vez promulgado* encarnó un "nuevo modo de concebir y resolver la producción del derecho", reducido por obra suya a la ley.[26] Con unas raíces u otras, perfecta o menos con anterioridad y por mucho que su institucionalización no fuera ni instantánea ni espontánea, el Código fue el soporte normativo de una nueva cultura jurídica, la cultura del código, que *reconoce* como derecho siempre y sólo la *voluntas legislatoris*, afinando el instrumental preciso para construirlo únicamente con la ley (mediante renovadas reglas de interpretación)[27] y los medios institucionales para imponer en la práctica judicial el *règne de la loi*.

Este es el código que se quiere o se rechaza, porque este es *el Código*: se expandió con tanta fuerza que hay que pensar respondía objetiva y efectivamente a las apetencias y los requerimientos de las élites dominantes.

4.5. Hacia la configuración legal de los órdenes jurídicos nacionales: la *ley del código* y el *código de la tradición*

El *Code* se recibe y traduce al castellano enseguida, marcando desde un principio el desarrollo de los procesos de codificación hispanoamericanos. Aun limitado a la materia civil por exigencias del propio objeto (que lleva al título preliminar de este código las reglas constitutivas del ordenamiento en su conjunto), mas sin desconocer que la codificación se plantea en cada espacio político como un todo, ni preterir la importancia que reconocidamente tienen la reforma del aparato y el procedimiento judicial, fue una dinámica larga y muy compleja, como no podía ser de otro modo para un proceso que recorre todo el espacio del Atlántico hispano durante el siglo xix y entra en el xx, que sólo consideraré en su tramo más decisivo para el objeto de estas páginas, el comprendido entre el *Código Civil para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca* (1827-1829) y el Código Civil español (1889), promulgado cuando todos los Estados americanos tenían ya el suyo y algunos podían contar más de uno; aunque el momento de mayor intensidad se localiza entre los años cincuenta y setenta de la centuria. Respondiendo en cada espacio a sus específicos *por qués*, decisivos para comprender las opciones en cada momento adoptadas, esta serie de procesos puede contemplarse —y se ha contemplado— en su conjunto y de manera

[26] Grossi, "Code", 2006, p. 105.

[27] Como vislumbró al punto Locré, *Esprit*, 1805.

comparada, señalando fases y modelos, discrepancias y similitudes, hasta formar diversas familias de códigos a partir de los elementos compartidos por unos u otros.[28] Quien tenga interés en una aproximación como ésta leerá con mucho provecho la obra de Guzmán Brito, elaborada con mucho conocimiento de causa, pero poco atenta a los severos problemas que planteaba el cambio de orden jurídico.[29] Destacada páginas atrás la vis política que impulsó las tareas codificadoras, importa ahora subrayar que los códigos responden en cualquier caso a la cultura, los intereses y los afanes u objetivos políticos de las élites, que en cada ocasión usaron los medios de dominio disponibles para alcanzarlos. Basta echar un vistazo para comprobar que éstos fueron tan variados en su forma como iguales en el fondo, orientados todos como estaban al control estatal del orden jurídico. Sobre esta base se entiende bien, por otra parte, la adopción del modelo napoleónico para la articulación del orden jurídico, que exigía la abrogación del derecho tradicional y se expresaba mediante un título preliminar del Código Civil que sometía a ley todo derecho.

Consustancial a la codificación tal como fue planteada, la derogación del derecho tradicional en sus formulaciones originales fue un valor entendido no siempre sancionado mediante disposición expresa, es fácil suponer con qué consecuencias a la vista de lo que ocurrió incluso con los restantes, que son la generalidad. En el arranque del proceso que tuvo lugar en España, el problema fue planteado por el a todas luces singular Proyecto de Código Civil de 1821 expresamente y de forma muy cauta, habida cuenta del discurso historicista que legitimó desde un principio el experimento constitucional gaditano y resuena todavía poderosamente en el preámbulo del código proyectado, que según dejan entrever sus redactores estaba llamado a cerrar ese círculo abierto en 1810. Tres décadas después, liberado de estos condicionamientos y con ninguna cautela, el difundido *Proyecto* de García Goyena, adscrito en los puntos que aquí interesan al *Code,* abrogaba por completo el derecho tradicional (art. 1992), en una operación que se reveló arriesgada, suscitó la oposición de los territorios forales y contribuyó poderosamente al fracaso final del Proyecto. La historia del proceso codificador en España estuvo desde entonces fuerte-

[28] Así, pueden elaborarse —y se han hecho solventemente— clasificaciones de los códigos (siempre civiles), según que atendiendo a su contenido sean afrancesados (como lo son todos hasta mitad de siglo) o hispánicos (es decir, más atentos a la tradición jurídica propia), a partir muy especialmente del Código Civil chileno de 1855 (sin olvidar antes el peruano de 1852 y después el argentino de 1869).

[29] Guzmán Brito, *Historia*, 2006.

mente marcada por la necesidad de "unificar con variaciones", según la fórmula finalmente alcanzada, que dio como resultado un Código como el de 1889, que era "derogatorio *únicamente de las disposiciones* del Derecho castellano, pero no de las del llamado *foral*", el cual se conservó pues íntegramente (arts. 12 y 1976).[30] Además del régimen del matrimonio, sólo el *Título preliminar* tuvo vigencia nacional.

El caso español constituye en esto la excepción. Por lo que he podido comprobar con las fuentes a mi alcance, la generalidad de los códigos —no todos— incluyen o van precedidos o acompañados de una disposición globalmente derogatoria del derecho tradicional a la sazón vigente en la materia —como puede respectivamente ilustrarse con los casos chileno (art. final) o argentino (art. 22), peruano (ley 21.XII.1849, art. 5) y mexicano (decr. 8.XII.1870)—, aunque la variedad de fórmulas sea muy notable y su alcance dependiera en todo caso de la interpretación que recibiese. Esta es una cuestión a la que no parece darse hoy mayor importancia, aunque la tuvo y mucha en su tiempo, como luego comprobaremos: los códigos se introducían en un orden jurídico todavía tradicional, que muchas veces se resistía a desaparecer por el simple efecto de un acto de voluntad legislativa, que al mismo tiempo constituía un orden jurídico legal.

En todos los casos, la regulación de la materia civil fue precedida de un *título preliminar* que, siguiendo en sus líneas maestras el modelo francés, viene a definir las fuentes del derecho, sentando así las reglas básicas para la articulación del orden jurídico en su conjunto, como para todo el espacio hispanoamericano ha destacado Clavero.[31] Frente a un orden tan abierto como el tradicional, ahora se diseñan órdenes cerrados en torno a la ley, como disposición de la autoridad legislativa, fuera (a efectos del código) cual y como fuese expresada, particularmente para cerrar el paso a la costumbre, con toda la significación que esto tenía en naciones de población mayoritariamente indígena, y sin más vía de apertura a otras fuentes tradicionales que la ofrecida por los principios generales de derecho, toda vez que su concreción había de ser necesariamente obra de la jurisprudencia (doctrinal y/o judicial). Tal como la leemos hoy, la *ley del código* es producto de un legislador absoluto, por totalmente desvinculado y absolutamente vinculante: la ley nace simplemente con la *promulgación* (sin

[30] Sánchez Román, *Codificación*, 1890, pp. 166-119.

[31] Clavero, "Ley", 1994, y *Ama Llunku*, 2000.

sujeción a derechos ni requisitos de tramitación parlamentaria), vive para obligar a todos desde la *publicación* (rechazando cualquier exención motivada por la ignorancia) y sólo muere mediante la *derogación* (sin que en su contra valga el desuso ni la costumbre contraria). El código no reconoce otro derecho que el derecho determinado por la ley, contra la cual en ningún caso prevalece la costumbre, que comparece —cuando lo hace— supeditada siempre a la ley y muy limitadamente.[32] Por último, obligado el juez a fallar en todo caso, suelen ofrecerse medios de integración (o supletorios), normalmente mediante el recurso a unos indeterminados principios generales de derecho, según la ambigua fórmula aparecida en Centroeuropa y rápidamente difundida. Para complementarla, muy a menudo se establecen ciertas reglas de interpretación, con el fin de blindar la ley del código —hay que pensar— frente a eventuales —digamos así— excesos interpretativos.

Eso es todo, y es mucho: hoy es difícil de concebir el cambio que el monismo legislativo impuesto por el código suponía respecto al pluralismo jurídico tradicional. No obstante, tras décadas de convivencia entre el viejo y el nuevo derecho, la confianza en el código —en la suficiencia de la ley del código— no parece que fuera ya tanta y no sólo en España, donde esto muy claro es a vueltas del debate foral. En México la cuestión "fue objeto de largas discusiones" en el seno de la Comisión redactora del Código del Distrito Federal de 1870, muy consciente de la "importancia verdaderamente vital" que revestía, con toda probabilidad debido al constitucional artículo 14, que prescribía —entre las garantías sujetas a amparo— la *exacta* aplicación de la ley. Aun a riesgo de inconstitucionalidad, la Comisión aceptaba como *inevitable* en su "Exposición de motivos" la *insuficiencia de la legislación*, teniendo en consecuencia por "una verdad incuestionable, que no siendo posible un código que comprenda todos los actos humanos, el juez tiene la indeclinable necesidad de obrar frecuentemente fuera de la letra de la ley"; sin más recursos o *medios supletorios* que los *principios generales de derecho*, consagrados por este

[32] Mientras que los códigos promulgados hasta mitad de siglo, filiales todos ellos del francés, guardan silencio acerca de la costumbre, los posteriores a menudo se limitan a rechazar la costumbre *contra legem* y el desuso (como Perú y México); y sólo a partir del chileno algunos códigos acogen la costumbre cuando sea expresamente llamada por la ley. Por su parte, el tardío Código civil español (y los pocos que en este punto le siguen) rechazaba la costumbre *contra legem*, pero admitió la costumbre *del lugar* en defecto de ley (Guzmán, "Régimen", 1987-1988).

motivo en el art. 20.[33] La Comisión consideraba el art. 14 de la Constitución "justísimo, [...] pero supone, lo que no es posible, un código perfecto".

Como sea, ya tenemos códigos: aquí y así termina —aunque pueda (como en México mismo) recomenzar al punto— la historia de la codificación y empieza en cada caso la historia del código, en general desatendida por la historiografía y que es la relevante para valorar el cambio de orden jurídico. ¿Supusieron los códigos una ruptura, la perfecta solución de continuidad con el derecho tradicional que pretendía, o al menos —visto el caso español— en los términos y con el alcance que en cada caso pretendieran, para dejar paso a un orden jurídico legal? O dicho de otra forma: ¿cabe identificar código y cultura del código?

Aunque las obras de tono vulgarizador que enseguida comenzaron a difundir el *derecho del código* —como las de Guerra (citado al comienzo) y Lozano en México[34]— sugieran otra cosa, no hay que dejarse llevar por las apariencias y pensar que el viejo orden desapareció por el ensalmo de los nuevos códigos, taumaturgia que ni siquiera del *Code* puede predicarse. Si algo demuestra la experiencia francesa que puede servir en este punto de referencia es que el *Code* y la cultura del código no son coextensivas, que entre el uno y la otra medió un intenso trabajo de aculturación, impensable sin la estructura estatal levantada por la Revolución y perfeccionada por Napoleón, que cuando menos contribuye a explicar el trayecto que va desde la comprensión del *Code* en el marco de la cultura jurídica aún tradicional que leemos en los primeros comentaristas hasta su interpretación exegética, puramente legal (porque atenta sobre todo a la *voluntas legislatoris*, discernible desde que en 1827 fueran publicados sus trabajos preparatorios) y tan bien simbolizada hacia la mitad del siglo por la célebre *boutade* del profesor Bugnet: "Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne seulement le Code Napoléon".

A falta de una historia de nuestros códigos que pondere el instrumental ideológico e institucional puesto en España y las repúblicas de América al servicio del nuevo orden, los indicios que pueden espigarse aquí y allá sugieren que la promulgación de los códigos no supuso la ruptura con la tradición que

[33] "Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural ó espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso."

[34] Lozano, *Código*, 1872.

la rotundidad de las cláusulas derogatorias permitiría pensar. En México, *El Derecho. Periódico de Jurisprudencia y Legislación,* declaradamente comprometido con la causa de la codificación, abría su número del 25 de marzo de 1871 constatando "que el nuevo Código ha causado una impresion de repulsión", que consideraba por su parte de todo punto injustificada, aun cuando aquél estuviera lejos de ser —de nuevo— un *código perfecto...*[35] Con uno u otro acento, y aunque sólo fuera por inercia, algo similar debió de ocurrir en su momento por todas partes, con el resultado de que los nuevos códigos quedasen durante un tiempo envueltos por el viejo orden. A partir de los casos mexicano y español que mejor puedo testimoniar, creo que pueden distinguirse al menos dos supuestos para comprobarlo.

Más o menos ampliamente, los códigos incluían o presuponían ciertas previsiones de derecho transitorio (en virtud de las cuales el derecho viejo mantuvo temporalmente su vigencia bajo y por disposición del nuevo), que lo menos que puede decirse es que, a vueltas con el principio de irretroactividad, se vieron desbordadas por una práctica sumamente problemática y muy prolongada.[36] No es algo que aquí deba ocuparnos (desde el momento que el viejo derecho es reconocido como vigente por voluntad del legislador), por más que revele las dificultades que encerró la cancelación del derecho tradicional en sus aspectos más sustantivos, que eran ciertos derechos adquiridos conforme al viejo orden y afectados por el nuevo.

Mucho más interés tiene prestar atención a la efectividad de la cláusula derogatoria del derecho tradicional tal como fue percibida en su contexto de recepción. Un repaso a la jurisprudencia sentada por los jueces y tribunales del Distrito Federal publicadas en el periódico *El Derecho* en los años que siguieron al Código revela que en México, D. F. no tuvo, al menos de inmediato, ningún efecto: allí y entonces la ley del Código era leída a través de la tradición, que tras 1870 continuó volcando en los *considerandos* de las sentencias un torrente de citas de derecho común (preferentemente por medio de las *Partidas*) y de derecho real (sobre todo mediante la *Novísima Recopilación*), con todo su cortejo de expresas referencias doctrinales. El Código no parece haber surtido mayor efecto que cualquier otra ley nueva, decisiva por ser la última, pero en

[35] Sánchez Gavito, "Codificacion", 1871, pp. 145-148.

[36] González, *Derecho*, 1988, pp.130-135; García Ormaechea, *Jurisprudencia*, 1928, pp. 918-922; García Martín, *"Leges"*, 2006, pp. 51-61.

ningún caso percibida como la única.[37] Antes al contrario, por momentos da la impresión de que los juristas se obstinaron en salvar la tradición, aprovechando para ello todos los resquicios abiertos por la letra del Código.

De hecho, cuando la cláusula derogatoria resulta invocada es más que nada para restringir su alcance, interpretándola de modo que permitiera incorporar al nuevo orden porciones significativas del derecho tradicional. Un autor tan comprometido con la causa de la codificación como Isidro Montiel interpretaba el art. 20 en forma que no deja de resultar hoy sorprendente. Tratando de esclarecer qué eran los "principios generales de derecho" argumentaba legalmente que sólo podían merecer tal consideración aquellos que estaban consignados en algunas de *nuestras leyes*:

> teniendo por tales no solo las mexicanas que se hayan expedido despues del Código, sino tambien las anteriores; de modo que para buscar *principios de derecho* de una justa y legal aplicacion, segun los términos del artículo 20 de nuestro Código y 14 de la Constitucion, existe el anchísimo campo de la legislacion mexicana que nació con nuestra independencia; y el más amplio todavía de la legislacion española que comenzó en el Fuero Juzgo.

Quedando finalmente identificados con las *reglas de derecho* recogidas en las *Partidas* (VII.34), a su juicio no afectadas por la cláusula derogatoria y en consecuencia de aplicación *obligatoria* en el foro...[38] Unos años después desarrolló muy por extenso su punto de vista en la *Jurisprudencia fundamental*, una obra que a dos décadas del Código se mantiene todavía anclada en la tradición sincrética desenvuelta a lo largo del XIX.[39]

Por fuerte que sea, debemos evitar la tentación de considerar estas conclusiones como una mera opinión doctrinal, más o menos aislada, de una u otra forma residual, sin verdadero alcance práctico. Basta para empezar con repasar la literatura jurídica generada por los códigos para comprobar cómo éstos se presentan —a menudo como *legislación novísima*— en continuidad con el

[37] Cfr. Caballero, "Derecho", 2005.

[38] Carente el Código de "un título especial de *reglas de derecho* se comprende que no quedaron derogadas las *reglas de derecho de nuestra legislación antigua*, ni podían quedarlo, salvo que se hubiera hecho en el Código civil una refundicion minuciosa y completa de todas" ellas (Montiel, *Tratado*, 1877, pp. 177, 182-186). La misma idea tuvo en España Sánchez Román, *Codificación*, 1890, pp. 84-85.

[39] Montiel, *Jurisprudencia*, 1889.

orden jurídico tradicional, que siguió proporcionando reglas o criterios de interpretación, y no creo que *a este nivel doctrinal* fuera como resistencia a la ley del código, sino más bien por todo lo contrario: no voy a enjuiciar intenciones, pero lo cierto es que acentuando la continuidad se dulcificaba el alcance de los cambios para favorecer su aceptación por los más reticentes. Lo había dicho programáticamente *El Derecho*: "si algo hay que pueda suavizar la rudeza del empuje, que se hace sentir en la transición de las antiguas á las nuevas legislaciones, es el análisis razonado de éstas; es *la aplicacion de las bases eternas de la ciencia á sus preceptos*".[40] Al mostrar que el Código no cancelaba sino que tan sólo reformulaba la tradición, ésta podía seguir arropando —constriñendo, estrechando... redefiniendo— la voluntad del legislador expresada en el Código.[41] ¿Mera opinión doctrinal? Cuanto sabemos de la práctica judicial desarrollada en el último tercio del siglo XIX avala esta impresión: anclada por lo más en las reglas de interpretación tradicionales, la jurisprudencia usa el viejo derecho para interpretar el nuevo, en el sentido —permítanse todas las redundancias— más tradicional del término *interpretar*: el derecho *español* (las leyes con su doctrina) sirve para suplir, limitar, completar, comprender... los preceptos del Código mexicano. Los ejemplos son abundantes.[42] Entiéndaseme bien: no pretendo —ni está a mi alcance— cuantificar la persistencia del derecho tradicional ni cronometrar su duración, pero lo cierto es que a finales de siglo la voluntad expresada por el legislador mexicano no había terminado de sustituir a la tradición en la interpretación del Código, bien arropada ésta como además estaba por la práctica de un foro donde —como subrayó en 1888 un abogado— "se aplican diariamente por nuestros Tribunales, bajo el régimen constitucional, multitud de leyes vigentes dadas por los Reyes de España"; y el fuero federal —a donde la renovación legislativa no llegó hasta el cambio de siglo— se afanaba en justificar, con argumentos que suenan sorprendentes, el

[40] "Introducción", en *El Derecho*, 2a. época, t. I, núm. 1, 7 de enero de 1871, pp. 1-2.

[41] Así, muy claramente, por ejemplo, Vallarta, "Ratihabitio", 1890, pp. 58-64.

[42] He aquí uno muy significativo, por tratarse de un pleito (sobre restitución *in integrum*) ventilado desde 1879 en dos instancias y resuelto definitivamente en casación (1884) que fue sucesivamente sentenciado mediante la aplicación conjunta de P 3.25.2 y CC, art. 687, sin que en ningún momento se planteara, hasta donde muestran las sentencias, la procedencia de invocar la primera (acompañada de otras fuentes tradicionales) junto con el segundo. Al contrario, ambos sirvieron como fundamento de la casación y fueron conjuntamente aplicados para resolverla: "y no se alegue —arguyó la Corte Suprema— que el art. 687 del Código Civil [...] deroga la ley de Partidas, porque *si se interpreta aquél por ésta*, se comprenderá que lejos de derogarla la confirma". Verdugo, *Principios*, t. V, 1890, Ap., pp. LXXI-LXXXVI (LXXXV para la cita).

recurso a las *leyes españolas*: "lo que es permitido en defecto de las nacionales —conforme a una doctrina ya consolidada a fines de siglo— según la ley 66, tít. 15, lib. 2 de la Recopilación de Indias, cédula de 7 de agosto de 1807 y art. 12 de los Tratados de [...] de Córdoba de 24 de Agosto de 1821".[43]

En la medida que el caso mexicano pudiera generalizarse, habría de concluirse (con Caballero) que el Código sustituyó a la ley, pero no al derecho, que siguió de momento construyéndose más allá —si no al margen— de la voluntad expresada por el legislador con los medios tradicionales, propios de un orden tan abierto como maleable por las manos de la jurisprudencia.[44]

Esto último es muy claro en el caso de España, donde una organización judicial centralizada (merced al recurso de casación) en el Tribunal Supremo llevó en apenas unos años a una cierta redefinición jurisprudencial del sistema de fuentes establecido por el Título preliminar, para recuperar la *doctrina legal* sentada desde mediados de siglo acerca de la *doctrina legal* y ausente del Código. Ante todo, desde 1893 el supremo Tribunal asimiló —yo diría que contra pronóstico y en respuesta a toda una estrategia de política judicial orientada a conservar su preeminente posición— los principios generales de derecho mencionados a título supletorio en el art. 6 con la doctrina legal, cerrando el paso a cualquier otra posibilidad que empezaba a insinuarse y erigiendo así a su jurisprudencia —imperativamente definida en las décadas anteriores frente a la resistencia de las Audiencias como la *única* normativamente relevante— en fuente del derecho, como a comienzos de siglo, con más o (casi siempre) menos complacencia, constataban los civilistas.[45] Y sobre esta sólida base, sus magistrados fueron determinando —yo diría que muy libremente— las porciones del derecho tradicional *legalizadas* por el Código (esto es, incorporadas con toda eficacia al nuevo orden, porque bastantes para fundar un recurso de casación), al amparo de una cláusula derogatoria que aparecía sumamente ambigua (y al decir de uno de sus primeros intérpretes "no disminuye, sino que aumenta,

[43] Véanse, en estos términos, las siguientes sentencias del Tribunal de Circuito de México, que tomo de la edición digital *Jurisprudencia*, 2005: 13.XII.1887, 31.VIII.1888, 31.X.1888, 7.I.1890, 27.V.1891, 5.VIII.1892 (ésta sólo con invocación del art. 12 del Tratado de Córdoba, que quizá no esté de más recordar: "Instalada la Junta provisional gobernará interinamente conforme a las leyes vigentes en todo lo que no se oponga al Plan de Iguala, y mientras las Cortes formen la constitución del Estado").

[44] Cfr. Caballero, "Derecho", 2005.

[45] Herzog, *Droit jurisprudentiel*, 1942, pp. 199-200, 434 y ss.

la *pluralidad legislativa*"):[46] el mismo Tribunal Supremo que restringía el papel de la costumbre del lugar reconocida irrestrictamente por el Código, no tuvo ningún reparo en declarar a las alturas de 1925 —conforme a su propia doctrina— que "las leyes de Partida y de Toro y las de la Novísima Recopilación sobre títulos nobiliarios y mayorazgos tienen validez y fuerza de ley, por no haberlas derogado el Código civil en su artículo 1976" (*STS*, 2.VII.1925). Si la ruptura con la tradición que *quiso* el Código español (permítaseme la licencia) fue ya de por sí dilatada en el tiempo (merced a las reglas de derecho transitorio) y muy limitada en el espacio (por la concurrencia de los derechos forales), su alcance dependió en último término (entiéndase, con toda la efectividad que proporcionaba la ausencia de cualquier control) del Tribunal Supremo.

5. CONSIDERACIÓN FINAL

Claro que en todos estos casos (tan tardíos), la formalidad del cambio de orden jurídico queda mal que bien cubierta por el hecho de que las continuidades que enlazan con el derecho tradicional vienen trazadas, a veces con finura de argumentos como ha podido verse, a partir de la ley, considerando que los viejos cuerpos legales con su cortejo doctrinal son directa o indirectamente llamados por la ley del código, y por tanto podríamos concluir sin más que los participantes reconocen como derecho tan sólo el derecho que la ley determina como válido, que son los términos definitorios de un orden jurídico legal. Pero (i) el contraste que así se aprecia entre la causa de la codificación y el efecto del código, aquélla sosteniendo la inevitable y éste demostrando la impracticable ruptura con la tradición, obliga a recordar aquí de nuevo que (ii) *tal como se llevó a cabo* la codificación no respondió tanto a una necesidad jurídica como a una exigencia política, vinculada al proceso de construcción estatal, porque sólo así cabe (iii) explicar no ya que el código precediera a la cultura del código, sino que ésta hubiera de desplazar al *código de la tradición* para imponer la *ley del código*.

Para empezar (i), el discurso sobre la incerteza —la idea misma de que la situación era insostenible— se ve desmentida no sólo por el hecho de que fuera efectivamente sostenida en ocasiones durante décadas y en España resultara incluso consolidada en las llamadas regiones forales, que mantuvieron intactas

[46] Sánchez Román, *Codificación*, 1890, pp. 70, 80-85, 99-106.

las viejas fuentes tras el Código de 1889 y hasta el advenimiento de las compilaciones, a mediados del siglo xx, sino también por el sonado fracaso de algunos códigos y las severas dificultades de implantación que —por lo visto en el caso de México— a poco que se profundice muestran otros. Es muy difícil medir el grado de satisfacción de sociedades complejas, pero dado el contexto político no es muy arriesgado decir que el código no fue una solución unánimemente compartida a los problemas que la renovación del orden jurídico implicaba.

A fin de cuentas (ii), formaba parte de un determinado proyecto político, cuyo desarrollo estuvo plagado de dificultades y resistencias, que algunos articularon discursivamente en punto al derecho dando voz a todos lo que, por no participar del proyecto de Estado nacional al que el código servía, no tenían más razones para actuar conforme a la nueva ley que la fuerza del Estado que la dictó. Y cada uno tuvo las suyas para criticarla: unos desde la tradición cancelada, otros desde la modernidad insatisfecha y otros por fin, como Clavero ha destacado puntualmente, reaccionaron contra el monismo legislativo del código y en favor de soluciones más adecuadas al pluralismo jurídico realmente existente desde posiciones constitucionales.[47] A los efectos del cambio que nos ocupa, interesaría saber cómo y en qué medida estos últimos discursos encarnaron en prácticas sociales de resistencia frente a la efectiva implantación del código como ley del Estado nacional. Pero esta es otra historia, que entra de lleno en el siglo xx: básicamente, la historia de la lucha por el reconocimiento de los derechos indígenas.

Para concluir ésta, (iii) baste con añadir que lejos de culminarlo el código fue —ni más ni menos— el presupuesto del cambio cultural que la renovación del orden jurídico implicó: dependiendo como ante todo dependió del contexto social y político, resultó de la institucionalización de la cultura del código, que exigió especialmente la adecuación de las enseñanzas universitarias y la reforma del aparato y el procedimiento judicial necesaria para articular la vinculación del juez a la ley nacional, con sus cronologías y circunstancias diversas en cada Estado. A las alturas de 1904 el mexicano Pallares constataba, en un giro que —cronologías y circunstancias aparte— creo válido para el espacio hispanoamericano en su conjunto, que los juristas habían sustituido *como oráculo* a los viejos intérpretes españoles —con sus *latinajos*— por los nuevos exégetas: "hoy [...] casi todas las obras de consulta en lo civil son de autores belgas o franceses".[48]

[47] Cfr. Clavero, *Ama Llunku*, 2000.

[48] Pallares, 1904, p. 13; cfr., Ramos Núñez, *Código*, 1997, pp. 213-238.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La bibliografía acerca de todos los puntos tratados en este capítulo es inmensa, pero muy limitada la que trata de la cuestión que aquí se plantea en su conjunto. Para el espacio europeo resulta desde luego sumamente aprovechable la excelente síntesis de Halpérin (2006), que sin embargo adolece, a mi juicio, de una explícita teorización acerca de tal objeto. Sin plantear el problema del cambio de orden jurídico, Mirow (2004) traza un panorama muy general de toda América. Para responder a nuestra pregunta inicial la bibliografía es tan rica como inabarcable, incluso por lo poco que yo sé, así que me limitaré a referir tan sólo los trabajos que más directa y generalmente resuelven los puntos tocados en el texto: aparte de la obra clásica de Hart (1998), es imprescindible Alchourrón-Buligyn (1991), a completar para los desarrollos ulteriores con Rodríguez (2002); y un breve pero magistral trabajo de Bayón (1996), que lleva a sus últimas consecuencias la concepción de la norma como contenido de significado preceptivo. Quien tenga interés en comprobar los severos problemas teóricos del cambio de orden jurídico puede acudir a Moreso-Navarro (1993), de más difícil aprovechamiento historiográfico por su planteamiento netamente estatal.

La concepción del orden jurídico de la que aquí se arranca ha sido planteada a los efectos historiográficos del caso por Garriga (2006b), donde podrá encontrarse desarrollada, con cita de la bibliografía relevante —que incluye en todo caso las obras mayores de Vallejo (1992), Hespanha (2002), Tau (1992) y Barrientos (2000)—, la caracterización del orden jurídico tradicional que aquí se resume, complementada para el siglo xviii por Garriga (2007). Entre las aportaciones generales posteriores, merece destacarse la reciente obra coordinada por Birocchi (2006). Acerca del debate jurídico ilustrado y sus derivaciones constitucionales, junto a los trabajos imprescindibles de Clavero (1978, 1979, 1982), son hoy por hoy referencias básicas las aportaciones de Vallejo (2001) y Portillo (2000), que se ha ocupado asimismo de los desarrollos americanos constitucionalmente relevantes (2006), con una última aportación en este mismo volumen. La referencia a la génesis de la Constitución de 1812 procede obviamente de Tomás y Valiente (1995).

El punto de vista que aquí se sostiene acerca de la obra de las Cortes de Cádiz es un resumen a los efectos del caso de la noción de "constitucionalismo jurisdiccional" desarrollada en Garriga y Lorente (2007), donde se hallará

un reflexivo e incisivo estado de la cuestión a cargo de CLAVERO (2007d); complementado en el punto de la potestad legislativa y la ley que aquí más interesan con las aportaciones más recientes de MARTÍNEZ (2002, 2006a) y CLAVERO (2007b); para el efecto derogatorio de la Constitución de 1812, GARRIGA (2006a). Sobre ésta y el primer constitucionalismo americano, bastará aquí con remitir, por la novedad y enjundia de sus puntos de vista, a las obras de CLAVERO (2000a) y PORTILLO (2006), donde podrán hallarse las referencias a la bibliografía anterior, sin que las aportaciones posteriores (BREÑA, 2006), en un marco historiográfico cada vez más escindido (ÁLVAREZ JUNCO y MORENO LUZÓN, 2006), obliguen a revisar sus planteamientos.

El problema de la construcción de los derechos *patrios* o *nacionales* tras la independencia de América suele abordarse, bajo la rúbrica de *derecho intermedio* (procedente de la historiografía francesa) o la más impropia de *supervivencias* del derecho español, al hilo de la codificación. Aparte de las que a este propósito se citan más abajo, deben destacarse por la riqueza de su planteamiento y/o aportaciones, las obras de GONZÁLEZ (1988), RAMOS NÚÑEZ (2000, 2003) y LORENTE (2001), en las cuales podrán encontrarse también referencias al régimen de la ley, para el cual se han utilizado, además de diversas fuentes y de esta última aportación que es al respecto decisiva, las conclusiones de GARRIGA sobre la potestad reglamentaria (2002) y de GARRIGA y LORENTE sobre la motivación de sentencias (2007), que TAU (1982) ha estudiado para el caso argentino. GARCÍA MARTÍN (2006) aporta reflexiones y datos interesantes sobre la suerte de las leyes de Toro en el ochocientos español. La entrada en la literatura jurídica de este siglo se ve facilitada por la bibliografía de TORRES CAMPOS (1883, 1897), a la cual remito para las referencias completas de algunas obras y ediciones mencionadas de pasada en el texto. Para México proporcionan una guía muy útil CLAGETT-VALDERRAMA (1973). LORENTE (1997) ha destacado muy bien la razón de ser de las revistas jurídicas decimonónicas, en un volumen colectivo que interesa para esto casi al completo. Sobre la configuración de los espacios públicos y las prácticas políticas de las élites es suficiente aquí con remitir a algunos trabajos generales de GUERRA (1992, 1998), que proporciona un buen marco para comprender algunos casos, como el de Guatemala ilustrado por BERTRAND (2005) y LUJÁN (2001). La referencia a las "ideas fuera de lugar" y algunas reflexiones sobre el papel de los discursos proceden de PALTI (2005).

La conocida y muy fructífera distinción entre historia de la codificación e historia del código se debe a CARONI (1996), cuya obra general sobre el pri-

mero de los extremos es referencia imprescindible para entrar en una materia que si no es debidamente acotada cuenta con una bibliografía inabarcable. Aquí bastará con recordar la más que notable renovación que ha experimentado en los últimos años, como no ha dejado de destacar oportunamente Cappellini, a quien se debe una síntesis reflexiva y muy enjundiosa (2004), y de quien proceden la expresión y algunas ideas sobre la *forma-código* (2002). La diferencia entre consolidación y codificación fue introducida en el debate historiográfico por el muy influyente librito de Viora (1967). Aunque no faltan planteamientos continuistas que por escritos con mucho conocimiento de causa deben ciertamente tomarse en cuenta (Petronio, 2002), el punto de vista resueltamente *discontinuista* que aquí se sigue cuenta con aportaciones muy relevantes en los últimos años: para centrar el problema, puede arrancarse de algunos trabajos recientes y muy brillantes de Grossi (2001, 2006), autor de la justamente exitosa fórmula "absolutismo jurídico" (1998), y continuar con el volumen coordinado por Cappelini y Sordi (2002) (especialmente las aportaciones de Cappelini, Clavero, Hespanha y Halpérin). Las obras básicas sobre la codificación francesa, que deconstruyen buena parte de la *mitología* que rodea al *Code Napoléon,* son hoy por hoy de Martin (2003) y Halpérin (1992, 1996), a quien se debe una excelente síntesis (2003), imprescindible para los lectores más apresurados. Para la recepción del *Code* en España y América ha de estarse a los trabajos de Clavero (1994, 2000a) y Ramos Núñez (1997). Para la significación constitucional de la codificación la referencia básica es Clavero (1991b, 1994, 2000a, 2002, 2007b, entre otros), a quien se deben las comprobaciones y más incisivas reflexiones sobre la "ley de Código", que he procurado aprovechar en estas páginas.

La historia de la codificación hispanoamericana es, hasta donde alcanzan mis noticias, mucho mejor conocida que la historia de los códigos resultantes, que es la relevante para el planteamiento aquí adoptado. Ante la imposibilidad de detallar mínimamente la bibliografía sobre la primera, se remite al lector o lectora a las obras más generales y/o completas de Clavero (1994, 2000a), Ramos Núñez (1997, 2001), Mirow (2004) y Guzmán (2006), así como Tau (1977), González (1988), Baró (1993) y Cruz (2004) para sus respectivos casos. *Ley del Código* es, como queda dicho, expresión y título de Clavero (1994, 2000a), cuyas aportaciones han sido decisivas para la redacción de estas páginas y de quien tomo también las referencias sobre críticas y alternativas constitucionales al código, aquí apenas aludidas. Los datos acerca del régimen

de la costumbre proceden especialmente de Guzmán (1987-1988). La historia de los códigos, en el marco que puede dibujarse a partir de las obras de Halpérin sobre el *Code* (1996, 2002) y con aportaciones nuevamente básicas de Clavero (1990) y Petit (1995, 1996) para España, que destacan debidamente la importancia adquirida y no perdida por el Tribunal Supremo, debe todavía construirse en buena medida a partir de la literatura jurídica y la jurisprudencia, que por mi parte he consultado aquí de forma *saltuaria* para los casos mexicano y español. Constituyen buenas entradas a la jurisprudencia respectiva un breve (pero muy esclarecedor) trabajo de Caballero (2005) y la olvidada (pero sumamente útil) obra de Herzog (1942) sobre la *doctrina legal*, que aprovecha la todavía imprescindible recopilación de García Ormaechea (1928).

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Caballero Juárez, José Antonio, "Derecho romano y codificación. Las sentencias de los jueces mexicanos en una época de transición, 1868-1872", en José Antonio Caballero Juárez y Óscar Cruz Barney (coords.), *Historia del Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-302.

Cappellini, Paolo, "Códigos", en M. Fioravanti (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 103-125.

Caroni, Pio, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Clavero, Bartolomé, "Ley del código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 23, 1994, pp. 81-194.

———, *Ama Llunku, Abya Yala*: Constituyencia *Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Coleccion de los decretos y ordenes de las Cortes de España, que se reputan vigentes en la Republica de los Estados-Unidos Mexicanos, México, Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, 1829 (ed. facs., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005).

El Derecho. Periódico de Jurisprudencia y Legislación [Primera época], tt. I-V, México, 1868-1870. *Segunda época*, tt. I-II, México, 1871-1872. *Tercera época*, tt. I-VIII, México, 1890-1897 (ed. facs., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002-2003; reimpr. 2004).

Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de Legislación civil, penal, comercial y forense, ó sea, resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos, dispuesto por órden alfabético de materias, con la explicacion de los términos del derecho. Obra importante y utilísima, en que todas las personas de cualquiera estado y condición hallarán facilmente la necesaria instruccion sobre sus derechos y obligaciones y la solucion de las dudas que les ocurran en sus contratos, pleitos, asuntos mercantiles, disposiciones entre vivos ó testamentarias y demas actos de la vida social.* Por Don – Autor del Manual del Abogado americano y del Compendio de los tratados de legislación de Jeremias Bentham. Paris, Casa de D. Mariano Alcober, 1831.

Feliú Cruz, Guillermo, *La prensa chilena y la codificación 1822-1878. Antecedentes para la historia del Código Civil de Chile.* Introd. y recop. de G. Feliú Cruz, Santiago, Chile, 1966.

García Martín, Javier, "*Leges* de Toro. Construcciones interpretativas e historiográficas", *e-Legal History Review*, núm. 1, 2006, pp. 1-72.

García Ormaechea y Mendoza, Rafael, *Jurisprudencia del Código civil (1889-1926) recopilada y articulada conforme al mismo,* Madrid, Imprenta y encuadernación de Julio Cosano, 1928.

Gil Ljubetic, Rodrigo, "Las *Leyes del Estilo* en Chile antes de la entrada en vigencia del *Código Civil*", en *Revista de Historia del Derecho Privado*, núm. 1, 1998, pp. 189-218.

González, María del Refugio, *El Derecho Civil en México, 1821-1871. (Apuntes para su estudio)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

Grossi, Paolo, "*Code Civil:* una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* núm. 35, 2006, pp. 83-114.

Guerra, Raimundo, *Derecho del Código o sea el Código Civil del Distrito puesto en forma didáctica*, México, Imp. de J. M. Aguilar Ortiz, 1873.

Guzmán Brito, Alejandro, "El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 12, 1997-1998, pp. 237-256.

———, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Madrid, Aranzadi, 2006.

Hart, Herbert L. A., *El Concepto de Derecho,* (ed. orig. inglesa, 1961), reimpr. 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

Herzog, Jacques Bernard, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par la Juridiction de Cassation*, Toulouse, Université de Toulouse-Faculté de Droit, 1942.

Jurisprudencia Histórica y otros documentos de la época (1870-1910), México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005 (DVD).

Locré, Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou Conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code civil, des Observations des Tribunaux, des Procès-verbaux du Conseil d'état, des Obsevations du Tribunat, des exposés de motifs, des Rapports et Discours, &c., &c.*; A Paris de l'imprimerie impériale, An XIII., = 1805.

Lozano, José María, *El Código Civil del Distrito ordenado en forma de Diccionario*, México, Imprenta del Comercio, 1872.

Maleville, Jacques de, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, contenant La Texte des Lois, Le Précis des Observations faites sur chaque Article, et les Motifs de la décision du Conseil; L'Indication de la Conformité et de l'Opposition de ces Articles aux Lois anciennes; Les Arreêts rendus par la Cour de Cassation, pour en fixer le sens; Et les Observations particulières de l'Auteur, pour concilier et rectifier quelques-uns de ces Artcicles, et faciliter l'intelligence des autres*, 3a. ed., Paris, Nève, 1822, t. I-IV.

Manual del Abogado Americano Por D. J. E. de O. profesor de jurisprudencia, París, Librería de Jules Renouard, 1827, 2 tt.

Martínez Marina, Francisco, "Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alonso el Sabio" (1808), en sus *Obras escogidas*, I. Estudio y edición de José Martínez Cardós, Madrid, 1966, pp. 3-354.

———, "Juicio crítico de la Novísima Recopilación" (1820), *ibid.*, pp. 355-480.

Mayorga García, Fernando, "Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia", en *Revista Chilena de Historia del Derecho,* núm. 14, 1991, pp. 291-313.

Meccarelli, Massimo, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milán, Giuffrè, 1998.

Montiel y Duarte, Isidro, *Tratado de las leyes y su aplicación, que con arreglo al Código Civil del Distrito Federal y de la Baja California compuso—*, México, J.M. Sandoval (impresor), 1877 (ed. facs., México, UNAM, 1978).

———, *Jurisprudencia fundamental, ó sea, exposicion de las reglas de derecho contenidas en el titulo 34 Partida 7ª; compilacion de las comprendidas en los diversos códigos españoles desde el Fuero Juzgo hasta la N. R.; y recapitulacion de las disposiciones generales de los nuevos Códigos Civil y Penal dispuesta en orden alfabético* [...], México, Antigua Imprenta de Murguía, 1889.

Muro y Martínez, José, *Códigos de España* [...] *compendiados y anotados*, 5 vols., Valladolid, Sucesores de Roldán etc., 1874-1877.

Palti, Elías José, *La invención de una legitimidad. Razón y retórica en el pensamiento mexicano del siglo XIX. (Un estudio sobre las formas del discurso político)*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

Pallares, Jacinto, *Legislación federal complementaria del Derecho civil mexicano*, México, Tipografía artística de Ramón F. Riberóll, 1897.

———, *Historia del Derecho mexicano. Fragmentos de la obra intitulada: "Curso completo de Derecho mexicano ó exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana"*, México, Oficina tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1904.

Ramos Núñez, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

———, *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*, t. I, *El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo Vidaurre*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

———, *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*, t. II, *La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil en 1852*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

Sánchez Gavito, Indalecio, "Codificacion", en *El Derecho*, 2a. época, vol. I, núm. 12, 25 de marzo de 1871, pp. 145-148.

Sánchez Román, Felipe, *La codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho Civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código Civil y trabajos preliminares para la formación de algunos Apéndices del Derecho Foral (1811 á 1890)*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1890.

Vallarta, Ignacio L., "La ratihabitio y sus efectos respecto de los juicios nulos por falta de poder" (10.XI.1890), en *El Derecho. Semanario de Jurisprudencia,*

Legislación, Economía Política y Ciencias Sociales, 3a. época, t. III, núm. 4, 23 de enero de 1892, pp. 58-64.

Verdugo, Agustín, *Principios de Derecho Civil mexicano. Comentados según los más célebres jurisconsultos, las leyes antiguas romanas y españolas y las ejecutorias de los diversos Tribunales de la República*, México, G. A. Esteva, 1890, 5 tt.

Walter, Fernando, *Manual del derecho eclesiástico universal*, traducción al español por Don Joaquín Escriche, París, Librería de Vicente Salvá, 1845.

LA FORMACIÓN DE LOS JURISTAS

Paz Alonso Romero
Universidad de Salamanca

SUMARIO. 1. Planteamiento y advertencias preliminares. 2. La formación de juristas en el Antiguo Régimen. 2.1. La búsqueda del derecho como objetivo y el diálogo como patrón metodológico. 2.2. Grados y ejercicios académicos. 2.3. Hacia el cambio: el influjo del humanismo jurídico. 3. Reformas ilustradas. 3.1. Líneas inspiradoras: control, saneamiento y simplificación. El manual como eje de la enseñanza. 3.2. Balance global. 3.3. Reducción de juristas y uniformización de estudios: las reales órdenes del ministro Caballero (1802, 1807). 4. La formación de juristas en el Estado liberal. 5. Conclusión.– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

1. PLANTEAMIENTO Y ADVERTENCIAS PRELIMINARES

Los cambios que experimentó la enseñanza jurídica en las universidades españolas entre las décadas finales del siglo xviii y la primera mitad del xix fueron preparando lentamente la adaptación de las exigencias educativas a las demandas del nuevo orden jurídico legal y la función que dentro de él se reservaba a los juristas. Cambios de muy diverso tipo, que hay que situar en un contexto institucional de progresiva secularización y estatalización de los centros de enseñanza superior, y en el marco de las transformaciones culturales ocasionadas por la evolución de la doctrina jurídica y el cometido reservado a la misma en la sociedad contemporánea. De entre ellos se prestará atención especial en este capítulo a los manifestados en los objetivos, contenidos y métodos de estudio del derecho a lo largo de ese periodo, tras el obligado recuerdo de la situación anterior.

La Universidad de Salamanca será la referencia principal. Aunque no puede considerarse representativa del conjunto, pues cada universidad tuvo su propia

historia, la relevancia de este centro en el tema que nos ocupa justifica sobradamente la opción. No sólo por el hecho de que Salamanca fuera a lo largo de todo el Antiguo Régimen el principal centro de estudios jurídicos de la Monarquía española, que proporcionó el grueso de la alta burocracia regia y donde se formó la mayoría de los juristas castellanos más relevantes, sino también por la trascendencia de las reformas que en sus postrimerías se emprendieron allí. Su Plan de Estudios de 1771, reformado en 1807, constituyó la base para la uniformización de los estudios de derecho en las universidades españolas peninsulares y, como tal, el punto de partida de los diferentes planes que a lo largo del siglo XIX acabaron consumando el tránsito hacia el nuevo modelo de enseñanza acorde con el distinto modelo de jurista que se alumbró con las revoluciones liberales. No hay que olvidar tampoco el especial significado de este centro en México, cuya primera universidad se fundó en 1555 sobre el patrón salmantino, siempre muy presente en su historia y al que a su vez ayudó a difundir por otras universidades hispanoamericanas.

En el arranque de esos cambios se dijo que se quería pasar de una universidad de teóricos a una universidad de prácticos, de una universidad inútil para la vida profesional a una universidad útil donde se preparasen agentes jurídicos y no meros estudiosos. Esa es también la perspectiva en la que se ha situado generalmente nuestra historiografía a la hora de examinar este tránsito, muy condicionada sin duda por las fuentes utilizadas para su estudio, en su mayoría coetáneas y procedentes de círculos ilustrados regalistas, grupos sociales marginados del poder universitario acaparado por los colegiales mayores y sectores profesionales particularmente descontentos con el modelo de enseñanza, como la abogacía, muy presentes todos ellos en la vida pública del momento. Desde esa mirada crítica dieciochesca se ha querido hacer del distanciamiento entre enseñanza y práctica no sólo un rasgo característico de la época, sino propio en general de los estudios jurídicos tradicionales, a los que se ha atribuido un carácter marcadamente teórico por su presunta atención exclusiva a un *ius commune* cuya aplicación estaba oficialmente prohibida, por lo cual servían de poco a la hora de salir de las aulas y enfrentarse con la realidad jurídica cotidiana.

Tal planteamiento, sin embargo, no puede sacarse de su propio contexto y hacerse extensivo a lo precedente, como al día de hoy parece estar demostrado, y por consiguiente no sirve para calificar la naturaleza de los cambios. Es evidente que los objetivos a los que sirvió históricamente distorsionaron de forma

interesada la realidad examinada con el propósito de ensalzar las bondades del proyecto reformista que se postulaba como alternativa. Hay que tener asimismo en cuenta que en este proyecto la palabra práctica se evocaba con un significado específico, y que cuando políticos y abogados defendían la necesidad de implantar una enseñanza más práctica en las universidades se estaban decantando a favor de una enseñanza con mayor presencia del derecho patrio, y, más en concreto, del derecho regio, con primacía absoluta sobre cualquier otra fuente en el ordenamiento jurídico castellano y primer elemento a aplicar en la práctica. Y sobre todo resulta inadecuado este enfoque porque, muy lejos de los presupuestos sobre los que se erige, si hay un rasgo definidor por excelencia de los estudios jurídicos en la universidad tradicional, ese es precisamente su dimensión práctica, la cual obligaba a integrar en ellos contenidos distintos al componente romano-canónico y a ordenar metodológicamente la docencia en función de ese fin.

2. LA FORMACIÓN DE JURISTAS EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

2.1. La búsqueda del derecho como objetivo y el diálogo como patrón metodológico

Desde la Baja Edad Media la enseñanza del derecho estuvo orientada de modo preferente a la resolución de problemas jurídicos, y con base en ese objetivo se organizaba la formación de los futuros juristas. En un escenario de derecho de composición plural como fue el vigente a lo largo de todo el Antiguo Régimen, los estudiantes aprendían en las aulas universitarias a localizar y a combinar de acuerdo con un orden de prioridades los distintos elementos normativos que lo conformaban (de carácter doctrinal, religioso, regio, corporativo, consuetudinario...), con vistas a la solución de los casos, las situaciones jurídicas y los posibles conflictos, que proporcionaban la perspectiva desde la que se enfocaba la enseñanza. Puesto que de todos esos elementos era el doctrinal, la doctrina del *ius commune*, el que daba unidad al conjunto, además de constituir la matriz en la que se habían formado muchos de los otros (y singularmente en Castilla el derecho regio), no puede sorprender que las actividades académicas se estructurasen en torno a los "cuerpos" sobre los que se había desarrollado: el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*. El primero, recopilado en el

siglo VI por el emperador Justiniano con la intención de hacer cierto y cognoscible el derecho romano y a la vez organizar un programa preciso de estudios para la educación de los jóvenes juristas, aportaba el material de base para la formación de los estudiantes de Leyes, mientras el cuerpo canónico, de elaboración medieval, hacía lo propio con los de Cánones.

Es importante tener en cuenta, sin embargo, que aquella no era una educación dirigida a la acumulación de conocimientos, y, en ese sentido, no se trataba de enseñar el contenido de esas obras, entendidas como compendios de derecho en sus respectivos ámbitos. La docencia ordinaria se planteaba a partir de la lectura y comentario de textos extraídos de ellas, pero su propósito no apuntaba a su memorización o recepción pasiva por parte de los estudiantes, sino al aprendizaje de las técnicas y materiales argumentativos que les permitirían desenvolverse en el debate jurídico y resolver conflictos conforme a derecho. Esto es algo en lo que hay que hacer especial hincapié a la hora de situar en sus justos términos características de los estudios tradicionales que desde el siglo XVIII se han venido destacando también con tintes negativos, como su presunto carácter incompleto. En efecto, en los estudios de Leyes nunca se intentó abarcar la totalidad del *Corpus* justinianeo, de modo que los futuros legistas no llegaban a oír en las aulas todo el contenido de las distintas partes en que lo había dejado ordenado su reconstrucción medieval, las Instituciones, el Código, los Digestos —Viejo, Nuevo e Inforciado— o el Volumen. Muy al contrario, el material de las lecturas ordinarias era deliberadamente selectivo y, tras dejar atrás la vieja costumbre de fijarlo por acuerdo entre discentes y docentes, desde el siglo XVI aparecía determinado en los estatutos académicos conforme a un rígido plan correspondiente a cada una de las cátedras, de modo que los catedráticos no podían escoger sus programas, sino que estaban obligados a desarrollar sus lecturas en torno a los párrafos del *Corpus* así dispuestos. Las materias elegidas versaban en su mayoría sobre cuestiones de preferente interés para jueces y abogados, con mayor peso de los temas de sucesiones, compraventa, enfiteusis, posesión, prescripción, obligaciones y contratos o derecho procesal, como ha demostrado Mariano Peset, buen testimonio también de las preocupaciones que guiaban los estudios. Pero no se trataba tampoco de una enseñanza sectorial, pues ni siquiera en esos temas se pretendía un aprendizaje completo ni una exposición general y sistemática, sino que, al hilo del texto que marcaba el arranque de la lectura, el catedrático iba fijando los rasgos que permitían identificar la figura jurídica en cuestión, al tiempo que

distinguía las situaciones a las que se hacía referencia, planteaba posibles conflictos y soluciones y ofrecía una conclusión.

Así se entrenaba a los aprendices de juristas en la búsqueda del derecho y la solución justa en aquel orden jurídico plural. Esa búsqueda era el objetivo principal de la enseñanza, que, por tal motivo, sin perder de vista la realidad, no atendía sólo a lo que apareciera dispuesto en los cuerpos del derecho romano y canónico, con sus correspondientes comentarios doctrinales, sino que tenía también muy en cuenta los derechos propios, lo que decían en cada caso nuestros textos normativos, el Fuero Real, las Partidas o las distintas recopilaciones del derecho regio, sin olvidar los fueros o las costumbres. Hay ahí también otra falsa acusación contra la enseñanza tradicional, tachada de exclusivamente romanista, sobre la que se cargaron las tintas en el siglo xviii, muy probablemente porque, sin descartar los intereses monárquicos y corporativos que alimentaban la acusación, por aquel entonces la presencia del derecho propio se encontraba bastante decaída. Hasta finales del siglo xvii, sin embargo, no había sido esa la situación, ni tampoco el derecho patrio se había contemplado con el desprecio tan denunciado en la centuria siguiente desde los sectores críticos que se han recordado. La primacía del derecho regio era algo que no se discutía ni en la doctrina ni en las aulas universitarias, de modo que, de contener solución aplicable al caso, lo prescrito en él zanjaba cualquier debate y con ese carácter concluyente se exponía a los estudiantes. Para la cita de esa ley o el recurso a algún ejemplo de la práctica del día los estatutos permitían incluso expresarse en castellano, pese a que la lengua hablada en las aulas era siempre el latín. Pero a falta de ley regia clara y terminante (y eran muchos los supuestos que carecían de cobertura legal en esos términos), las soluciones apuntadas se movían en el terreno de lo probable o verosímil y, en cuanto tales, se sometían a discusión con argumentos extraídos de ese mismo material cultural, que también se incorporaban a las explicaciones.

La dialéctica escolástica proporcionaba el esquema metodológico del discurso docente. Fiel a su sentido aristotélico, encontraba su fundamento no en axiomas o definiciones ciertas, sino en la confrontación de opiniones probables. Se daba también ahí audiencia al contrario, y por eso el diálogo era el corazón del método académico, lo mismo que lo era de la resolución de conflictos por vía judicial y de la propia confección de las normas, habitualmente fruto de una decisión entre posiciones encontradas. En un orden jurídico con un grado tan alto de incerteza como aquél, eran pocas las cuestiones indiscutibles. De ahí el

empeño didáctico en preparar a los estudiantes para la búsqueda y fundamentación por sí mismos de las soluciones que pudieran resultar más convincentes, de acuerdo con unos parámetros pedagógicos más orientados a la formación que a la información, a la adquisición de destrezas más que a la recepción de datos o soluciones prefijadas. No había entonces un derecho único, una única ley que pudiera enseñarse a los futuros juristas, y los métodos y contenidos de la enseñanza se ajustaban a esa realidad jurídica abierta y plural. La habilidad dialéctica y la agilidad en la réplica a las objeciones contrarias formaban parte nuclear de la instrucción que se pretendía dar, atenta asimismo a la variedad de fuentes donde acudir y a las reglas que ordenaban su coexistencia.

Aunque la vida universitaria era muy polifacética, los diferentes tipos de actos académicos a los que asistían como oyentes o en los que también participaban los estudiantes para la obtención de los grados de bachiller y licenciado partían de estos presupuestos comunes.

2.2. Grados y ejercicios académicos

El grado de bachiller en Leyes o Cánones capacitaba para el ejercicio profesional y se exigía a abogados y jueces, además de permitir el inicio de la carrera docente en la Universidad desde alguna de las cátedras temporales o "catedrillas". A partir de 1594 (tras disminuirse en un año su duración) se requirió para su obtención la asistencia continuada como oyente durante cinco años a las lecturas ordinarias de los catedráticos, de acuerdo con un programa que en Leyes se iniciaba con la Instituta, continuaba con el Código y culminaba con el Digesto. Cursando además dos años en Decretales, Sexto o Clementinas, los bachilleres legistas podían obtener también la graduación en Cánones, mientras que a los canonistas ese grado *in utroque* les obligaba a añadir a sus lecturas dos años de oyente en las cátedras de Código y Digesto. No había exámenes; demostrado el tiempo de asistencia requerido, el estudiante podía ya recibir el grado de bachiller de manos de un catedrático elegido por él, en un breve acto ceremonial.

Aparte de eso, y con carácter voluntario, los aspirantes a bachiller tenían la posibilidad de completar su preparación asistiendo a alguna de las variadas actividades académicas que enriquecían la vida cotidiana en las aulas. Entre ellas se encontraban las lecturas extraordinarias de opositores a cátedras y bachilleres aspirantes a licenciados, las solemnes repeticiones que se obligaba también a realizar a estos últimos y debían asimismo desarrollar una vez al año los

catedráticos en propiedad, y los actos de conclusiones o disputas que de modo preceptivo se celebraban anualmente y en los que se abordaban *quaestiones disputatae* en la doctrina o la práctica para justificar con argumentos una determinada solución o interpretación y defenderla frente a las razones que otros participantes arguyeran en contrario. Más allá de su papel de meros receptores, en estas disputas (también llamadas actos *pro universitate*) podían participar activamente los estudiantes. Además de las veinticuatro anuales que los estatutos exigían celebrar en Leyes y Cánones, se organizaban muchas en colegios y casas particulares y resultaban un excelente complemento de la educación.

Por su parte, el grado de licenciado suponía la culminación de los estudios universitarios. Concedía la *licentia docendi* y se exigía en Salamanca a los catedráticos en propiedad. Asimismo, para quienes la obtenían en esta Universidad suponía el reconocimiento de un *status* privilegiado que los eximía de pechos y contribuciones.[1] La normativa académica antigua fijaba para este periodo una duración mínima de cinco años, reducidos en el siglo XVI a cuatro, durante los cuales el trabajo de los bachilleres que aspiraban a conseguir este grado superior se desarrollaba fundamentalmente como una labor individual de estudio destinada a profundizar en lo aprendido. Esa actividad se conocía como "pasar", y de ahí que en el lenguaje académico se les llamase "pasantes". Circulaban guías que orientaban sobre el "modo de pasar" generado por costumbre en Salamanca, en las que se proponía una disciplina diaria y el orden y contenidos del estudio a lo largo de estos años, que las normas de la Universidad apenas reglamentaban. Entre las más conocidas se encuentran las de Espino de Cáceres, Bermúdez de Pedraza o Alfonso de Villadiego, las tres escritas entre finales del siglo XVI y principios del XVII.[2] Gracias a ellas sabemos que en este nivel se prestaba asimismo una atención especial a las "leyes del Reyno", las de Partidas, Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Toro y Nueva Recopilación en la referencia que, por ejemplo, hacía Espino, quien proponía repasarlas diariamente al hilo de los pasajes del *Corpus* asignados para la jornada, y anotar sobre los propios textos las concordantes y discrepantes, con la indicación en este caso de que *haec lex corrigitur per leges Regias*.[3]

[1] *Novísima Recopilación*, VI, 18, 14, también extensivo a los licenciados por Valladolid.

[2] Espino de Cáceres, *Instrvction*, 1591; Bermúdez de Pedraza, "Modo", 1612; Villadiego, "Forma", 1626.

[3] Espino, *Instrvction*, f. 2, 3a. y 4a. reglas.

Los testimonios históricos la reflejan como una fase de reclusión muy dura. Ramos del Manzano recordaba que "avnque con esto del passar algunos señores suelen aquí exagerar que han estado ençerrados en los desiertos de Palestina y lo acreditan en las baruas heremiticas que traen, yo Señores digo que en esta ciudad pase teniendo en mi casa perpetua clausura sin salir della mas de a missa y a algun acto como este [de oposición a cátedra] ó conclusiones".[4] En rigor, solamente obligaban a salir del encierro las lecturas extraordinarias y la solemne *repetitio* o *relectio* que se exigían a los pasantes para graduarse de licenciados, pero solían participar también en actos de conclusiones, y quienes se decantaban por la carrera docente comenzaban ya a opositar a cátedras (por medio de ejercicios públicos que seguían el mismo patrón escolástico de los comentarios sobre textos del *Corpus*) y hacían lecturas por su cuenta para darse a conocer y acumular méritos. Todo eso dotaba el ambiente académico de extraordinaria vitalidad y ampliaba las oportunidades de aprender.

Por último, a diferencia del anterior de bachiller, el grado de licenciado sí exigía para su concesión una prueba final (previa información de limpieza de sangre, vida y costumbres honestas), consistente en la célebre disertación en la capilla de Santa Bárbara de la catedral sobre sendos textos del Código y el Digesto seleccionados al azar veinticuatro horas antes, con respuesta a cuantos argumentos y objeciones plantearan el cancelario y los siete catedráticos que integraban el tribunal. Del rigor del acto dieron fe escritores propios que lo superaron, como Castillo de Bovadilla (licenciado en Leyes por Salamanca) y autores foráneos como el cardenal De Luca, quien decía que la licencia en derecho era aquí cosa seria, concedida *cum magnae causae cognitione* a quienes realmente la merecían.[5] Sobre esta constatación se basaba otro privilegio especial de los licenciados en Leyes o Cánones por esta Universidad, que les permitía ejercer la abogacía con la simple presentación del título en el Consejo Real y sin someterse a exámenes ante ese organismo o las Chancillerías y Audiencias, como se exigía para el resto.

La concesión del grado subsiguiente a la superación de la prueba significaba el máximo reconocimiento de aptitud. No había ya más exigencias académicas.

[4] Biblioteca de la Universidad de Salamanca, ms. 2.288 (con borradores de algunos de sus discursos de oposición a cátedras), f. 12v.

[5] Castillo, *Política*, 1978 [1704], L. I, cap. VI, núms. 39 ss.; De Luca, *Theatrum*, II, disc. CLXXVIII, núm. 4; VII, p. III, disc. XXX, núm. 5-7, *apud* Rovito, *Respublica*, 1981, p. 156.

El ulterior doctorado era un acto puramente protocolario para el que no se necesitaba más que dinero con el cual sufragar el enorme coste de las ceremonias y celebraciones que conllevaba, entre las cuales, además de la solemne procesión pública por las calles salmantinas, banquetes, obsequios y propinas a los integrantes del colegio de doctores, se incluía una fiesta de toros en la plaza principal de la ciudad. Por eso pocos lo alcanzaban, y tampoco puede decirse que abundaran los licenciados. Los conocimientos y la dedicación exigidos para el desarrollo de la *solemnis relectio*, y la dureza de la prueba final, unida a los gastos en propinas y agasajos a los miembros del tribunal que también llevaba aparejados, hacían que muchos, pese a haber estudiado durante los diez años que, desde la pragmática de los Reyes Católicos dada en Barcelona el año 1493, se exigían en Castilla para ejercer oficios de justicia,[6] se quedaran con el grado de bachiller o se trasladaran a otras universidades menos exigentes para conseguir el de licenciado. Pero aunque no culminaran con el grado, los años de pasantía permitían cubrir el requisito de tiempo para los jueces letrados y servían de adiestramiento a los que decidían dedicarse a la abogacía y preparar los exámenes requeridos para el ingreso en la profesión. De ahí que en "modos de pasar" como el de Espino de Cáceres se ofrecieran también instrucciones específicas para ellos, que no necesitaban tantos años de estudio (Castillo de Bobadilla decía que porque "en el abogado no se requiere tanta perfecion, y conocimiento del derecho: como quiera que para intentar una demanda, y hazer una peticion, puede lo hazer un idiota, y sin letras, como sea pratico, y versado en negocios").[7] Con el tiempo la pasantía de los futuros abogados (de ordinario en un bufete) quedó fijada en cuatro años, y así aparecía a las alturas del siglo xviii, cuando también al requisito del examen se encontraba añadida la incorporación al Colegio de abogados de la localidad donde ejercieran, caso de haberlo.

2.3. Hacia el cambio: el influjo del humanismo jurídico

A juzgar por lo que ocurría en Salamanca y lo que desde distintas instancias se denunciaba, para entonces la enseñanza universitaria había perdido ya buena parte de su dimensión práctica, y pasantías y academias de práctica impulsadas por los abogados ayudaban a suplir tal carencia fuera de las aulas. En el caso de la

[6] *Nueva Recopilación*, iii, 9, 2; *Novísima Recopilación*, xi, 1, 6.
[7] Castillo, *Política*, 1978 [1704], L. i, cap. vi, núm. 21.

Universidad salmantina resultó decisiva en esa evolución la influencia del humanismo jurídico. Aunque fue temprana y su impronta se ha podido detectar ya en escritos académicos de mediados del siglo xvi, durante mucho tiempo coexistió pacíficamente con los métodos y las inquietudes tradicionales propias del *mos italicus*, sin afectar a los objetivos docentes. La enseñanza se enriqueció con rasgos humanistas como la búsqueda de orden y claridad en las exposiciones, atentas a ofrecer definiciones, distinciones, clasificaciones y comentarios sobre el significado de las palabras o el sentido jurídico de las instituciones, interrogarse acerca de la historia o resaltar el protagonismo de los juristas clásicos de Roma. No obstante, y a pesar de la mayor tendencia a la abstracción que impusieron asimismo las nuevas corrientes, no llegaron a perderse el método escolástico y el esquema de la argumentación dialéctica basado en la disputa, ni tampoco el enfoque práctico de los estudios, la preocupación por su proyección hacia la vida real y su utilidad profesional, que llevaron a mantener también la presencia del derecho patrio en las explicaciones y la referencia a lo que ocurría en la práctica del día.

Al influjo humanista hay que achacar igualmente la especial atención a la *Instituta*, única parte del *Corpus* justinianeo que aparecía dispuesta con cierto método, de acuerdo con la tradicional exposición de Gayo en torno a personas, cosas y acciones. Se trataba de una obra que con anterioridad no había recibido demasiada atención por parte de los estudiosos y, en el orden de las cátedras de Leyes, las de *Instituta* ocupaban el escalón inferior de las temporales o "catedrillas", por el que se iniciaba de ordinario la carrera docente. Los humanistas, sin embargo, le otorgaron un valor especial a las posibilidades pedagógicas que se derivaban de su propia simplicidad, su orden y su carácter de breve compendio del derecho civil romano, destinado desde su origen al aprendizaje de los más jóvenes. Al tiempo, algunos repararon también en sus ventajas de cara a la presentación general del *ius proprium* ya desde los primeros niveles de la enseñanza, y en ese punto hubo en la Universidad de Salamanca iniciativas muy interesantes. Dignos de mención son los comentarios a la *Instituta* de Justiniano elaborados a finales del siglo xvi por uno de sus catedráticos de Leyes, Antonio Pichardo Vinuesa, auténtico pionero del género de los institutistas que en el siglo xviii proporcionaría una de las principales vías de integración entre el derecho romano y el derecho patrio con vistas a su estudio.[8] Como tantas otras,

[8] Pichardo, *Commentariorum,* 1630. Los comentarios a los tres primeros libros se publicaron por primera vez en Salamanca en 1599.

fue una obra gestada en la práctica docente de este jurista, que se animó a publicarla por insistencia de sus alumnos mucho antes de que Vinnio diera a la luz en 1642 su célebre comentario a las Instituciones con referencias a la práctica holandesa, convertido en manual de culto para la educación de los juristas en España a lo largo del siglo XVIII y buena parte del XIX. Dando pruebas de su buena formación humanista y de su vocación pedagógica, Pichardo conjugaba en todas las materias el derecho castellano con el derecho romano, y por eso su colega Juan de Solórzano Pereira recomendaba sus comentarios como excelente guía de los estudiantes para transitar con seguridad por el laberinto de las disciplinas jurídicas.[9]

Pero lo cierto es que esa presencia del derecho propio descendió a medida que se fue difuminando la huella del *mos italicus* para dejar paso a una enseñanza mucho más teórica, fiel a los postulados humanistas en ese punto y con clara impronta ya del racionalismo en las décadas finales del siglo XVII. Esa deriva condujo a la progresiva pérdida de contacto con la realidad jurídica y a la desatención hacia el derecho patrio que serían luego tan denunciadas en el setecientos. El fenómeno coincidió con una fase de declive de la Universidad, marcada, entre otros signos, por el fuerte descenso en el número de alumnos, el abandono de las aulas, el desinterés de los catedráticos, la pérdida del rigor académico, la relajación en el cumplimiento de los estatutos y el desuso de actividades académicas tradicionales como los actos de disputas o las lecciones extraordinarias de los bachilleres. Todo ello condujo al deterioro y cambio de rumbo de la enseñanza del derecho, que fue dejando atrás el afán escolástico de adiestrar a los estudiantes en el arte de la resolución de conflictos jurídicos y ocupándose cada vez más de transmitirles breves tratados para su fácil memorización. Tratados en los que se exponían con visos de generalidad las instituciones del derecho de los romanos y de los que prácticamente desaparecía toda referencia al patrio, lo mismo que se iba perdiendo en ellos la mención de las controversias, y el empeño se volcaba en la clara y sencilla exposición de unos conocimientos digeridos y listos para su recepción pasiva.[10]

[9] En el prefacio que escribió para la primera edición, reproducido en la citada.

[10] Descuidándose incluso el uso del latín en algunos centros, lo que obligó a Felipe V a recordar de modo general en 1753 la obligación de hablar y disputar en esa lengua en las aulas y dependencias académicas: *Novísima Recopilación*, VIII, 4, 2.

Como reacción, no faltaron iniciativas individuales con propuestas renovadoras. Casi un siglo después de Pichardo, Antonio Torres y Velasco, catedrático de Cánones en Salamanca, continuó por su misma senda al publicar en 1735 sus célebres *Institutiones hispanae practico-theorico commentatae*, que las reformas carolinas recomendarían luego como manual de estudio para las referencias al derecho patrio al hilo del texto justinianeo. Escritas con base en la Nueva Recopilación, el *rerum quotidianarum vsu*, las Partidas, la *Instituta* y los comentarios de Arnoldo Vinnio, la intención confesada de su autor fue facilitar el estudio de las leyes del derecho regio —*quibus nostra Hispania guvernatur*— desde el principio de la carrera jurídica (y no sólo en los años de pasantía, como según él ocurría a la sazón en las universidades hispánicas), al objeto de acortar el periodo de formación de los futuros abogados. En su opinión, el estudio de la *Instituta* con su método durante cinco años permitiría a los bachilleres acceder de inmediato al examen de ingreso en la abogacía. De ese modo pretendía a la vez ser también fiel a la idea que en su día había estado en el ánimo de Justiniano, al elaborar esta obra con el objetivo de introducir al estudio del derecho desde las leyes imperiales, para que así tanto el principio como el término de la instrucción jurídica procediesen de la voz del príncipe.[11]

3. REFORMAS ILUSTRADAS

3.1. Líneas inspiradoras: control, saneamiento y simplificación. El manual como eje de la enseñanza

En ese caldo de cultivo, con una Universidad decadente y una enseñanza venida a menos y desprestigiada, se fraguaron las reformas educativas durante el reinado de Carlos III. Orientadas también en este ámbito hacia objetivos de control y saneamiento, hay que ponerlas asimismo en conexión con las medidas coetáneas encaminadas a mejorar la administración de justicia, por cuanto se achacaba a la mala preparación de jueces y abogados buena parte de sus males. Su detonante fue la celebración de un acto de conclusiones en la Universidad de Valladolid el año 1769 —*De clericorum exemptione a temporali servitio et saeculari iurisdictione*—, donde se habían sustentado tesis antirregalistas.

[11] Torres y Velasco, *Institutiones*, 1735.

El control se buscó mediante la instauración de las figuras de directores de universidades y censores regios a lo largo de ese mismo año y el siguiente. Los directores (miembros del Consejo Real), como vía de comunicación directa con cada una de las universidades, con la misión específica de informarse sobre su situación a fin de preparar la reforma; los censores, encargados de examinar antes de su impresión todas las conclusiones que se fueran a defender en sus aulas e impedir la difusión de doctrinas contrarias a la autoridad y regalías de la Corona, con el Consejo también como receptor de sus informes. Mientras que para el saneamiento se optó por impulsar la reforma de los planes de estudios, tramitada por vía de expediente en el Consejo Real dando audiencia a las universidades, que elaboraron sus respectivos memoriales con el análisis de la situación y las propuestas que estimaron oportunas, estudiadas e informadas después por los fiscales del Consejo, organismo al que correspondió la decisión final. De ahí que los resultados fueran diferentes en cada una de las universidades donde se llevó a término el proceso de reforma, iniciado por Salamanca, Valladolid y Alcalá en 1771, y continuado por Santiago, Oviedo, Granada y Valencia en los años siguientes. Pese a ello, en cuestiones como los métodos de estudio o la organización de las enseñanzas (donde el propósito de los gobernantes fue lograr una mayor claridad y orden) quedó ya apuntada la tendencia a la uniformización que caracterizó las políticas posteriores.

En esa línea, el arranque de las reformas vino representado por una real cédula de 24 de enero de 1770 que por primera vez impuso requisitos comunes a la obtención del grado de bachiller en todas las universidades. A partir de entonces los estudios en esta etapa quedaron reducidos a cuatro años y se exigió un examen final ante un tribunal de tres catedráticos, consistente en media hora de exposición sobre un texto del *Corpus* sacado a suerte veinticuatro horas antes, con respuesta posterior a las preguntas de los examinadores. Como forma especial, se reconocía también la posibilidad de examinarse "a claustro pleno" con sólo tres años cursados, sometiéndose a las preguntas de todos los claustrales que quisieran intervenir en el acto. Con el mismo objetivo uniformizador, otra real cédula extendió en 1786 al resto de universidades algunas normas salmantinas, entre ellas las relativas a grados mayores y *repetitiones* y a la posibilidad de graduarse *in utroque* cursando dos años más.

Fenómenos igualmente comunes, y que afectaron a las lecturas ordinarias, fueron luego en los planes la sustitución del método dialéctico por el expositivo y la implantación de los manuales para la explicación de las fuentes, todo ello

dentro de un propósito general de simplificación tendiente a facilitar el trabajo de los estudiantes y elevar su rendimiento. La vieja libertad de los catedráticos de organizar las disertaciones a su criterio, bajo la única limitación de plantearlas sobre los textos fijados estatutariamente, dejó paso a la obligación de exponer un manual preciso a sus alumnos. Por esta vía se buscó también controlar el contenido de las lecciones y conseguir asimismo algo que había permanecido ajeno a las preocupaciones de la universidad hasta entonces, como era la intención de transmitir una visión completa de las asignaturas correspondientes a los distintos cursos. Frente a la fragmentación de las explicaciones tradicionales, que nunca habían pretendido abarcar más que partes seleccionadas del *Corpus*, se optó por este nuevo método, del que se esperaba una formación más completa. Siguiendo en este punto las sugerencias de la Universidad de Valladolid (ciudad con una muy superior actividad forense, derivada de la existencia de la Chancillería, que afectaba más de cerca a las expectativas profesionales de los estudiantes), se impuso la pauta de organizar la enseñanza con base en exposiciones sencillas y generales, sirviéndose de los manuales como soporte. De acuerdo con un plan que llevaba madurando desde su juventud y había expuesto ya a la edad de veintisiete años, la idea del fiscal Campomanes (quien, entre otros, informó el plan de Salamanca) era que en las aulas se dieran solamente los principios o fundamentos del derecho, si bien comenzando los estudios con el aprendizaje de la *Instituta* a la letra.[12] Desde ese planteamiento, la dialéctica acabó quedando fuera de las lecciones ordinarias y recluida en los actos de disputas y los ejercicios en las academias, mientras que el propósito de las lecciones ordinarias apuntó progresivamente a la mera transmisión del saber que el profesor extraía de las fuentes y libros determinados y el alumno debía retener en su memoria.

En Salamanca el nuevo plan de estudios se publicó por real provisión de 3 de agosto de 1771, donde se incluía también el informe de la Universidad dirigido a su director, Manuel Ventura Figueroa, la respuesta del fiscal Campomanes y la parte dispositiva, fiel casi en su totalidad a la postura de éste, que introdujo varios cambios en las pretensiones del centro.[13] Tras un siglo de decadencia, el plan se propuso devolver a los estudios el brillo tradicional mediante un paquete de medidas ordenadas con cierto carácter provisional,

[12] Rodríguez Campomanes, *Reflexiones*, 1989, Apéndice, pp. 137-185.
[13] Se publica en Addy, *Enlightenment*, 1966, Apéndice I, pp. 244-366.

pues se exhortaba expresamente a la Universidad a plantear cuantas dudas, sugerencias y mejoras fueran surgiendo al hilo de su puesta en práctica. Algunas de esas medidas supusieron el enlace con viejas prácticas, y así se restauraron actividades olvidadas, como las lecturas de extraordinario de los bachilleres aspirantes a licenciados, y se impulsaron los actos de disputas o *pro universitate*, que habían sido restablecidos en 1769 después de un largo paréntesis sin celebrarse; de igual modo, se mantuvieron las academias dominicales que para Leyes y Cánones había instaurado la Universidad en 1749 con el objetivo de adiestrar a los estudiantes en el arte de la dialéctica. Junto a ellas, otras resultaban mucho más novedosas, como fue la reglamentación de los estudios para el grado de licenciado, donde, reducida también su duración a cuatro años y manteniendo los requisitos tradicionales (lecturas extraordinarias, relección solemne y examen en la Santa Bárbara), por primera vez se imponía la asistencia a lecturas ordinarias sobre derecho real y canónico a lo largo de dos cursos. Eso supuso la aparición de las primeras cátedras de derecho real dedicadas a la Nueva Recopilación y las Leyes de Toro.

El Plan de 1771 implantó también cambios en los contenidos de los estudios jurídicos, que se iniciaban con un curso de Filosofía Moral en la Facultad de Artes como requisito previo para la matrícula en Leyes. Servía de entrada, en los dos primeros años, la exposición a la letra del texto completo de la *Instituta*, seguida por un tercer año dedicado al Digesto, con exposición breve de sus cincuenta títulos ("alguna tintura de las Pandectas" había sugerido Campomanes en su escrito de 1750)[14] y un cuarto para estudiar los doce libros del *Codex*. Con carácter provisional, y a la espera de que pudieran surgir de la propia Universidad los manuales correspondientes o apareciesen obras mejores, se proponían para el estudio de la *Instituta* los comentarios de Arnoldo Vinnio con las notas de Heineccio, y las *Instituciones* de Antonio Torres y Velasco para la necesaria advertencia de lo dispuesto en cada caso por las leyes reales; los *Paratitla* de Cujacio, el tratado de Gravina y el *De nominibus Pandectarum* de Antonio Agustín, así como los *Jurisconsultos menores* de Gregorio Mayans, para el repaso del Digesto, y las obras de Antonio Pérez, García Toledano, Francisco Amaya y Pedro Pantino para el Código. Tras eso, los otros dos años que se exigía cursar a quienes quisieran obtener el grado de

[14] Rodríguez Campomanes, *Reflexiones*, 1989, p. 162, en cap. III, "Modo de dirigir los estudios de Jurisprudencia en España".

licenciado comenzaban con un primero a cargo de las nuevas cátedras de Prima y Vísperas de Derecho Real, durante el cual se estudiaban por la mañana los títulos y rúbricas de la Nueva Recopilación por su texto, con la ayuda de los *Sacra Themidis Hispaniae Arcana* de Gerardo Frankenau ("que es del Señor Don Juan Lucas Cortés"), la *Historia del Derecho Real* de Prieto y Sotelo y el *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia* de Bermúdez de Pedraza, para situarlos en su contexto histórico; por la tarde, las Leyes de Toro siguiendo los comentarios de Antonio Gómez. En el segundo año la materia era de instituciones canónicas y corría a cargo de los catedráticos de Cánones un estudio que se calificaba de "utilísimo" "por el enlace de estas materias canónicas con nuestra Jurisprudencia". Para los que no se graduasen, ambos cursos se equiparaban a dos años de práctica en la carrera hacia la abogacía o la judicatura.

3.2. Balance global

Los contemporáneos consideraron positivas las reformas carolinas para la superación de la decadencia y la elevación del rigor y nivel de los conocimientos. En Salamanca el Plan de 1771 logró, en efecto, un cierto saneamiento de los estudios gracias a la corrección de vicios, la disminución de corruptelas y el rescate de actividades académicas tradicionales, entre las que sin embargo no se incluyeron las solemnes *repetitiones* de los catedráticos en propiedad (tradicionalmente el nivel más elevado de docencia), sin duda, como bien apunta Mariano Peset, porque no iban especialmente dirigidas a los alumnos, objetivo preferente de las reformas.

Fueron también un eslabón más en el proceso de afirmación del derecho patrio en la enseñanza universitaria, que venía siendo expresamente impulsado por los Borbones desde que en 1713 Felipe V, aleccionado por Macanaz, había instado de las universidades mayores (Salamanca, Valladolid y Alcalá) la propuesta de medios para lograr una mayor atención al mismo dentro de sus aulas. En esta ofensiva, los abogados se erigieron pronto en decisivo apoyo de los reyes y prestaron su colaboración contribuyendo con sus críticas a fomentar un clima de opinión favorable a las reformas, hartos de lo que denunciaban como exceso de romanismo en las aulas y descuido de las leyes "vivas" en beneficio de las "muertas", como lamentaba Juan Francisco de Castro.[15] De manos de aboga-

[15] *Discursos*, 1829, L. II, Discurso I, pp. 60 y ss. (1ª ed., 1765).

dos salieron asimismo no pocas obras dirigidas a difundir el conocimiento del derecho patrio entre los juristas y aprendices de juristas para completar de ese modo su educación en sintonía con la política regia.[16] De entre ellas una de las más exitosas fue la *Instituta civil y real* publicada en 1745 por el valenciano José Berní y Catalá, quien en la dedicación a la Virgen de los Desamparados pedía su intercesión "para que los Principiantes hagan particular estudio de las Leyes Reales de España, y que se quiten de la cabeza *pretender*, y *patrocinar*, hasta que estèn bien enterados del real Derecho (que es à lo que se dirige esta Obra)".[17] Y grupos de abogados fueron igualmente quienes impulsaron las academias de práctica, surgidas al margen de las universidades en ciudades como Madrid o Valladolid y situadas desde sus orígenes en la vanguardia del movimiento antirromanista con la idea de suplir las carencias en la formación jurídica a partir de una preocupación común por lo que presentaban como exceso de teoría en el ámbito académico y olvido de la práctica.

En el balance positivo de las reformas carolinas hay que anotar de igual modo el papel de estímulo a las ideas ilustradas que desempeñaron, al actuar como acicate para la revitalización de inquietudes intelectuales y la renovación de los saberes en el ámbito universitario. Avivaron la llegada de libros y el interés por su lectura, dentro de un clima de apertura a Europa para el que no parecían existir barreras inquisitoriales y que enriqueció las bibliotecas universitarias. Salamanca pasaba por ser uno de los principales centros de recepción de libros prohibidos, para cuya adquisición contaba con licencia a condición de almacenarlos en lugar separado, pero los testimonios indican que no se llevaba un control muy riguroso sobre ellos, de modo que estudiantes inquietos, como Meléndez Valdés, pudieron leerlos sin demasiadas dificultades de acceso. Entre otras muchas, el índice elaborado en 1776 por el bibliotecario Ortiz de la Peña incluía las obras de Bayle, Vattel, Grocio, Montesquieu, Puffendorf, Raynal, Rousseau, Pope, Robertson, Swift y Voltaire.

En las universidades de Granada y Valencia los nuevos planes dieron ocasión a que se crearan en 1776 y 1786 sendas cátedras de Derecho Natural y de Gentes, ambas con la obra de Almici y su adaptación de la materia a la doctrina

[16] Con esa justificación aparecieron, por ejemplo, los libros de Fernández de Mesa, *Arte histórica y legal*, 1747, y Vizcaíno, *Compendio de Derecho Público y Común de España*, 1784. Otros no llegaron a imprimirse en su época, como fue el caso de la tan citada *Representación que para promover el estudio de el Derecho español y facilitar su observancia, hace al rey nuestro Señor* Medina y Flores, escrita en 1744.

[17] Berní, *Instituta*, 1775.

católica como guía. Desde 1770 existía ya una en Madrid, en los Reales Estudios de San Isidro, donde se estudiaba a Heineccio expurgado de sus rasgos protestantes, la cual se declaró en 1787 de asistencia obligatoria para cuantos quisiesen ejercer la abogacía en esa ciudad y se equiparó para el resto a un año de práctica. En Sevilla se incluía asimismo la materia en el fallido Plan de Olavide (1768), y Valladolid solicitó formalmente al Consejo en 1786 la sustitución de las cátedras de Código y Volumen por otras tantas de derecho natural, donde se estudiaría también la obra de Almici, solicitud a la que se adhirió Salamanca pocos años después. Aun sin una cátedra específica, en esta última universidad abundaron por esa época los actos *pro universitate* sobre temas de derecho natural y de gentes, objeto igualmente de atención en su academia de Leyes, de modo que quienes tuviesen interés por la materia encontraban ocasión de entrar en contacto con ella. En este clima de apertura había llegado incluso a prepararse en 1774 una traducción de la obra de Vattel por parte del bibliotecario de la Universidad José Ortiz de la Peña, aunque había quedado inédita.

La pretensión de los sectores ilustrados más avanzados era que el derecho natural racionalista sustituyera al romano en su labor de fundamento del ordenamiento jurídico, por lo que le otorgaban una función basilar en la enseñanza. La idea era partir de él como base científica elemental e incrementar el contenido de derecho patrio en los programas docentes a costa del derecho romano, dando entrada a la vez a nuevas disciplinas. De acuerdo con esto, a principios de 1789 el claustro salmantino aprobó elevar al Consejo Real un informe redactado por Meléndez Valdés en el cual, tras dejar sentada su necesidad (el estudio de las leyes sería siempre "manco y defectuoso sin el conocimiento de aquellas otras primitivas, universales, é invariables, que con un lenguaje puro, sencillo y uniforme dicta la naturaleza a todos los hombres, y a todas las Naciones, y graba en nosotros con caracteres indelebles para nuestra felicidad y bien estar, siendo despues en las sociedades la fuente y el principio de toda justicia civil"), se criticaba el hecho de que la juventud gastase cuatro años de su vida en las aulas recorriendo las leyes del pueblo romano en vez de dedicar su tiempo "a los principios de nuestro derecho público y a los de la economía civil, tan necesarios ambos para entender bien nuestras leyes y saber aplicarlas con fruto". Recordando que al implantar el Plan de 1771 se le había animado a plantear todas las mejoras que en bien de los estudios se fuesen apreciando, la Universidad se decantaba por "rehacer el arbol sistematico de la sabiduria baxo

mejores principios" y dar a "las ciencias practicas y a la utilidad los años y tareas, consagrados hasta ahora a palabras y vanas especulaciones", para lo cual proponía un nuevo arreglo bajo la siguiente fórmula: "La facultad de Leyes debiera ordenarse dando mucho al derecho natural y de gentes, como fuente y raíz de toda buena legislación; algo a las Leyes Romanas, siquiera por su venerable antigüedad; mucho más a las nuestras, como norma y pauta de nuestras acciones y juicios, y mucho también a nuestro derecho público y a las ciencias económicas, que tanto contribuyen a fomentar y promover la felicidad común".[18]

Pero tales propósitos quedaban aún muy lejos de hacerse realidad en nuestro país, donde incluso la experiencia de las cátedras de Derecho Natural y de Gentes fue efímera, pues todas ellas se eliminaron por Carlos IV en 1794.[19] Otro tanto ocurrió con el deseo de incorporar nuevas disciplinas a la formación universitaria de los juristas. En Salamanca, Ramón de Salas (apoyado también por Meléndez Valdés) fue el gran valedor de la economía política y artífice asimismo del proyecto de crear en el seno de la Universidad una Academia de Derecho Español y Práctica Forense sobre el modelo de las madrileñas de abogados, donde dicha asignatura estaba llamada a tener un especial protagonismo. El proyecto se mantuvo vivo entre los años 1785 y 1793, enfrentado al que defendían los sectores más conservadores en un conflicto cuyos términos reflejan bien las actitudes e inquietudes del momento. Mientras sus oponentes se mostraban partidarios de una academia orientada específicamente a la educación de los profesionales del foro y destinada a completar su formación en derecho patrio y práctica forense, Salas ampliaba sus miras y la concebía más bien como un centro de debate intelectual donde los futuros letrados, jueces y políticos, sin descuidar los estudios jurídicos, pudieran abrirse a otros saberes, y en concreto a la economía política, que les proporcionaría unos conocimientos sobre policía, industria, agricultura y comercio a su entender necesarios para su labor. El planteamiento era también muy distinto en relación con el derecho patrio, que para los primeros debería enseñarse a los estudiantes desde un principio de total reverencia y sumisión, al tiempo que los segundos incidían en la obligada referencia al contexto e incorporaban a sus propósitos la crítica de las leyes y hasta la eventual propuesta de reforma cuando así pareciese oportuno:

[18] Archivo de la Universidad de Salamanca (en adelante AUSA) 247, ff. 329r. ss, claustro pleno de 16 de enero de 1789.

[19] *Novísima Recopilación*, VIII, 4, 5.

> Quando se trate sobre alguna lei [...] hà de aplicarse principalmente [el disertante] à desenvolver su espiritu. Referirà la historia de ella, y aquella parte de la del Legislador, que sea necesaria para la inteligencia de su Lei; hablará sobre las circunstancias en que fuè establecida, sobre su conveniencia entonces, sobre los perjuicios que hoy pueden seguirse de su observancia; sobre si convendria según el estado actual del reino abrogarla del todo, reformarla, ò acaso establecer lo contrario à lo que por ella se manda, y ultimamente en todas las leies se examinarà si son capaces de producir los efectos, y conseguir los fines, que se proponen, y quando se decida por la parte negativa, se indicaràn otras mas proporcionadas à aquellos objetos. Ocurren con mucha frecuencia en nuestros Legislativos decisiones, que admiten, y aun necesitan todo este examen, singularmente entre las Criminales...[20]

Resultó al cabo una batalla perdida, pero, como moderante de la vieja academia de Leyes, Salas logró introducir en ella durante esos años la lectura y discusión de las *Lecciones de comercio* de Antonio Genovesi.

Los nuevos planes sirvieron asimismo de incentivo para la elaboración de obras vinculadas a sus propuestas educativas. Al calor de la reforma se escribieron en 1771 las *Instituciones del derecho civil de Castilla* de Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel, y en 1775 la *Instituta civil, y real* del abogado valenciano José Berní. De Valencia procedieron también las diferentes obras con las que afrontó el reto Juan Sala (sin duda la figura más representativa y prolífica de este "parto de manuales", como lo denomina Peset), entre las cuales no pueden dejar de recordarse su *Vinnius castigatus* (1779), sus *Institutiones romano-hispanae ad usum Tironum hispanorum ordinatae* (1788), su *Digestum romano-hispanum ad usum Tironum* (1794) y su célebre *Ilustración del derecho real de España*, con el derecho patrio ya en primer plano y el romano en notas al pie, publicado en 1803 y al que ediciones posteriores añadieron citas de la Novísima Recopilación, mientras, por el contrario, el manual de Asso y de Manuel no se renovaba. Libro de enorme éxito desde su aparición, la *Ilustración* de Sala se mantuvo en América después de la Independencia con sucesivas adaptaciones que lo fueron distanciando del original, como el llamado *Sala mexicano* (1845), o el *Novísimo Sala mexicano* (1870). Desde una perspectiva más ambiciosa, entre 1800 y 1803 aparecieron las *Instituciones del derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña*, de Ramón

[20] AUSA 245, ff. 391v.-392r., claustro pleno de 25 de febrero de 1786.

Lázaro de Dou y Bassols. Mas, pese a todo, ni siquiera en ese nivel de libros llegaron a cubrirse las necesidades de la enseñanza con autores patrios, de acuerdo con lo que preveían los planes carolinos, de modo que, como ha estudiado Manuel Martínez Neira, Vinnio y Heineccio pudieron mantener su protagonismo en este ámbito durante mucho tiempo.

No llegaron a México estos cambios. A diferencia de universidades como las de Lima y Quito, que se mostraron pronto receptivas a los planes ilustrados, no hubo en la Universidad de México una reforma similar a las peninsulares. Los poderes políticos no la impulsaron (las inquietudes expresadas en el Consejo Real no se reflejaron en el de Indias) y faltó voluntad e interés. El claustro mexicano tampoco se mostró muy receptivo, y así fracasó por su oposición la iniciativa del virrey conde de Revillagigedo de introducir en 1789 el estudio del derecho regio utilizando como texto la *Instituta Civil Hispano Indiana* (comentarios a las Instituciones justinianeas con las Leyes de Indias y de Castilla al margen), elaborada por el oidor Eusebio Beleña. Por el contrario, la Universidad de Guadalajara, fundada en 1791, recogió en sus constituciones de 1806 el plan de estudios de Salamanca de 1771.

3.3. Reducción de juristas y uniformización de estudios: las reales órdenes del ministro Caballero (1802, 1807)

En los años finales del siglo xviii, durante el reinado de Carlos IV y dentro del clima general de represión ideológica que caracterizó esa etapa, pasó ya a un primer plano el deseo monárquico de uniformar y centralizar los estudios jurídicos, con fines, entre otros, de control social. La política uniformista tomó como referencia el plan de estudios vigente en Salamanca, y se planteó entre sus objetivos la reducción del número y la influencia social de los abogados, apuntando directamente a los que pululaban por la capital madrileña, que se veían como un colectivo demasiado ocioso y presunto foco de agitación política por la labor difusora del ideario de la Francia revolucionaria que se les achacaba. Para lograrlo se recurrió al endurecimiento de las exigencias académicas y la incorporación a las universidades de todo el proceso formativo de los juristas, acabando con las pasantías privadas en los bufetes y privando de su razón de ser a las academias de práctica surgidas a iniciativa de los abogados, cuyas actividades algunos consideraban un peligroso caldo de cultivo para el fermento de aquellas ideas.

A esos fines se orientaron las reformas que entre 1802 y 1807 puso en marcha el ministro José Caballero (antiguo estudiante en Salamanca), mediante las cuales se continuó tambien insistiendo en los propósitos anteriores de saneamiento y mayor presencia del derecho patrio, con la idea de ampliar los conocimientos y la instrucción de jueces y abogados como vía para depurar la práctica judicial. De ese modo se buscaba hacer frente a las eternas críticas contra la mala preparación de los juristas que se habían agudizado en el siglo anterior y no en todas partes habían logrado acallar las reformas carolinas. El resultado fue la ampliación de los cursos universitarios a diez años, que por primera vez se exigieron en su totalidad para el ejercicio de la abogacía, y la inclusión dentro de ellos de la enseñanza del derecho patrio y la práctica, al tiempo que se mantenía la innovación ilustrada de los manuales, muy útiles al doble objetivo de control ideológico e instrumento didáctico del que se esperaba la mejora del nivel de conocimientos.

Las iniciaron dos reales órdenes dadas en agosto y octubre de 1802. La primera establecía las nuevas exigencias de tiempo, y la segunda aceptaba y hacía extensible al resto de universidades un proyecto de Salamanca donde, sobre la experiencia del Plan de 1771, se proponía un arreglo para la enseñanza de las leyes del reino que obligaba al catedrático de Nueva Recopilación a introducir en sus clases la explicación de las *Instituciones* de Asso y de Manuel (amigo personal del ministro Caballero), y al catedrático de Leyes de Toro la *Curia Filípica* de Hevia Bolaños ("para instruirse en el orden de enjuiciar, teniendo á la vista las demas obras que de esta clase se han escrito"), objeto de continuas reediciones desde su aparición a principios del siglo XVII.[21] Cinco años después, la Universidad salmantina propuso un nuevo plan de estudios que una real cédula de 12 de julio de 1807 extendió al resto de universidades peninsulares, reducidas en la misma norma a once (Salamanca, Alcalá, Valladolid, Sevilla, Granada, Valencia, Zaragoza, Huesca, Cervera, Santiago y Oviedo).[22] En la Facultad de Leyes, la nueva reforma, además de mantener el derecho patrio en la licenciatura, lo integraba también en los estudios de bachiller y reducía sustancialmente la presencia del derecho romano. Aparte de eso, introducía para el grado de licenciado la economía política y la enseñanza práctica entendida como práctica forense (para la cual se creaba una cátedra

[21] *Novísima Recopilación*, V, 22, 2 y VIII, 4, 7.

[22] La cédula, en Addy, *Enlightenment*, 1966, Apéndice II, pp. 367-393.

específica con esa denominación), al tiempo que eliminaba las lecciones de extraordinario. No se admitía ninguna posibilidad de dispensa en el número, calidad y orden de los cursos.

De resultas de los cambios, los estudios conducentes a la obtención del grado de bachiller (con el curso previo de Filosofía Moral que continuaba exigiéndose para la matrícula en Leyes) quedaron alargados a seis años, dedicados los dos primeros a Historia y Elementos de Derecho Romano, el tercero a repaso, el cuarto a instituciones canónicas según los textos decididos por la Facultad de Cánones, el quinto a Historia y Elementos del Derecho Español por el texto de Asso y de Manuel ("corrigiendo el Maestro en viva voz sus equivocaciones, inexâctitudes y yerros; no parando hasta imprimir unas observaciones tan precisas, en quanto se carece de Elementos del Derecho Real que merezcan preferirse; y aprendiendo los discípulos de memoria las sencillas tablas de D. Juan Reguera Valdelomar") y el sexto para repasar con el mismo catedrático lo aprendido en ese curso. Con el sexto completo, los estudiantes ya se podían presentar al examen de bachilleramiento ante los tres catedráticos más jóvenes, planteado ahora en forma de respuesta a preguntas sobre derecho romano, canónico y real a razón de media hora para cada uno de ellos. Se eliminaban los exámenes a claustro pleno. Quien tras eso quisiera obtener el grado de licenciado debía cursar otros tres años; el séptimo y el octavo sobre Partidas y Recopilación (con las indicaciones expresas de que la mitad del octavo debía centrarse en la Partida Séptima y el libro XII de la Novísima, ambos de materia penal y procesal penal, y que el catedrático de Recopilación debía prestar especial atención también a su libro XI, junto a los capítulos de corregidores de 1788 y las Leyes de Toro, siempre con los cuerpos legales a mano de los estudiantes "como tan precisos para estos estudios, y para los diferentes empleos á que se les pueda destinar en adelante"), y el noveno dedicado a la Economía Política, a estudiar por *La riqueza de las naciones* de Adam Smith hasta que el preferible libro de Jean Baptiste Say apareciera en español. Con esos nueve cursos los bachilleres se consideraban ya hábiles para optar al grado de licenciado (que seguía requiriendo además el desarrollo de una repetición pública y la superación de una prueba secreta, si bien ambas ahora sobre derecho patrio) y presentarse a oposiciones de cátedras. Se obligaba a todos los catedráticos a acceder a la licenciatura en un plazo de dos años desde la toma de posesión.

El título de bachiller continuaba siendo suficiente para ejercer la abogacía, pero quienes quisieran dedicarse a este oficio debían cursar aún un décimo año

en la nueva cátedra de Práctica, cuyo programa, distribuido en trimestres, incluía la explicación consecutiva de la *Curia Filípica* de Hevia Bolaños, la primera instancia de los juicios, desde la demanda hasta la sentencia, y las apelaciones y demás recursos; por las tardes obligatoria concurrencia a las cátedras de Retórica. Se exigía la cédula de asistencia a estas dos cátedras, Práctica y Retórica, incluso a los licenciados por Salamanca, cuyo antiguo privilegio seguía declarándose válido para abogar directamente ante los tribunales de la provincia y para que sin examen pero con el grado de licenciado y el testimonio de ese año se les despachase el título en el Consejo. Se preveía asimismo la extensión de tal privilegio al resto de las universidades cuando se uniformasen con Salamanca.

4. LA FORMACIÓN DE JURISTAS EN EL ESTADO LIBERAL

La Guerra de Independencia contra los franceses marcó desde 1808 un nuevo escenario en el que, con una España en guerra y las universidades cerradas, hay que situar la obra de las Cortes de Cádiz y la Constitución surgida de ella. En este periodo la reflexión sobre la enseñanza universitaria se vio influida por la función política atribuida a la educación en general, concebida como medio de adoctrinamiento en las ideas liberales y, en cuanto tal, instrumento al servicio del nuevo Estado. Mas, aunque no faltaron los proyectos, no hubo oportunidad para muchas variaciones en el esquema de la enseñanza jurídica. Las Cortes elaboraron el suyo, un proyecto de Ley general de Instrucción pública alentado por el poeta Manuel José Quintana sobre el que se trabajó desde 1813, que a su vez movió a la Universidad de Salamanca a elaborar como réplica toda una alternativa global al sistema educativo.[23] Obra de su grupo liberal (con Toribio Núñez a la cabeza), sus propuestas resultaban mucho más precisas que las de Quintana. Sin ocultar la admiración hacia Bentham de su principal redactor, el proyecto salmantino diseñaba para la carrera jurídica una licenciatura en seis años, que fiaba a las asignaturas de Derecho Natural y de Gentes, Derecho Público y Constitución Española y Economía Política el programa de sus dos primeros cursos, a partir de los cuales se introducía a los estudiantes en las de Jurisprudencia civil y eclesiástica, Derecho Romano (tan sólo en

[23] *Informe de la Universidad de Salamanca*, que se imprimió luego en el Trienio, 1820.

cuarto curso), Derecho civil español y Derecho criminal español, para dedicar el último de los años a Derecho Eclesiástico (público y español). En enero de 1814 se remitió a las Cortes, pero ni entonces ni cuando años después se retomó en el Trienio y volvió a enviarse salió adelante.

La promulgación de la Constitución de Cádiz en marzo de 1812 obligó, sin embargo, a improvisar algunos cambios derivados de su artículo 368, que obligaba a explicarla "en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas". Sin instrucciones precisas sobre su puesta en práctica, la Universidad de Salamanca interpretó el precepto a su leal saber y entender y, con sus aulas aún ocupadas por efectivos militares, decidió en claustro incorporar su enseñanza a la primera de las cátedras de derecho patrio, la de Recopilación. Cuando, una vez reanudadas las actividades académicas a finales de 1813, el encargado de la cátedra solicitó que se precisara el modo de abordar su estudio conjunto, la Junta de Derechos le propuso seguir el método tradicional de las concordancias, de modo que, como antaño se hiciera para integrar el *ius proprium* en el *ius commune*, partiendo del texto de la Constitución se fuera señalando a los alumnos las leyes de la Novísima Recopilación correspondientes a cada uno de sus artículos.[24]

La vuelta de Fernando VII en 1814 frustró esas iniciativas, y durante una década los estudios jurídicos en las universidades españolas no llegaron a encontrar un patrón estable, oscilando entre el plan salmantino de 1771 y el de 1807, ambos con modificaciones e interacciones y siempre dentro de un afán común a liberales y absolutistas por la uniformidad y centralización de los estudios. El Plan de 1771 gustó más a Fernando VII, quien en octubre de 1818 ordenó implantarlo en todas las universidades, adaptado en parte a las modificaciones introducidas en 1807, con un bachiller de nuevo de cuatro años y unos estudios reducidos en su totalidad a ocho; la economía política no tenía cabida en ellos y, como manuales, se ordenaba seguir en el grado de bachiller los comentarios a la *Instituta* de Vinnio para el derecho romano y la *Ilustración del derecho real* de Juan Sala para el patrio, mientras que Asso y de Manuel y Hevia y Bolaños eran la referencia para el estudio del derecho real en los cursos

[24] AUSA 266, ff. 40 y ss., claustro pleno de 16-VII-1812 y AUSA caja 71/1, "Junta sobre la explicación de la Constitución de Cádiz por el doctor Pedro Tiburcio Gutiérrez", 12-III-1814. Recuperada su enseñanza en el Trienio liberal, se le dedicó un curso específico, a estudiar por el propio texto, que asimismo se incorporó a las academias y a los actos de conclusiones: AUSA 266, f. 296, AUSA caja 81/26, Junta de la Facultad de Leyes 9-XI-1821, y caja 81/89, Junta de la Facultad de Derechos 22-XII-1821.

superiores. El plan de 1807 gustó más a los liberales del Trienio, y en agosto de 1820 lo restablecieron con carácter interino y cambios significativos: ocho años también de carrera en lugar de los diez; Derecho Natural y de Gentes (por Heineccio) y Constitución política de la Monarquía (con el apoyo de Benjamín Constant) en lugar de Novísima Recopilación y Partidas; Juan Sala en lugar de Asso. Sin que el nuevo Reglamento general de Instrucción pública de 29 de junio de 1821 llegara a ejecución, se mantuvo vigente hasta que en septiembre de 1823 se repuso el Plan de 1771 en la versión de 1818.

La estabilidad vino el 14 de octubre de 1824 de la mano del Plan Calomarde, que, inspirado igualmente en la tradición universitaria salmantina y tomando como punto de partida los arreglos de 1818, significó la culminación del proceso reformista ilustrado y el avance definitivo hacia la estatalización de la enseñanza.[25] Para la matrícula en las facultades mayores (Teología, Leyes, Cánones y Medicina), exigía tres años previos de estudios en Filosofía. De acuerdo con el modelo educativo en el que se insertaba, la formación de los juristas continuaba articulándose en torno al derecho romano y el patrio, relacionados metodológicamente según el patrón institutista observado en los manuales que se prescribían, y concibiendo por tanto el primero como base para la exposición del segundo. El nuevo plan redujo la carrera a siete años, cuatro hasta el bachiller (dos de derecho romano por Heineccio y Vinnio, más las *Institutiones* de Juan Sala para las referencias al derecho español, el tercero de derecho patrio por la *Ilustración* de Juan Sala, y el cuarto dedicado a explicar las *Instituciones* canónicas del obispo Juan Devoti, con especial atención a regalías y patronato), y tres para la licenciatura (en el quinto los títulos de la *Instituta* no explicados y sus correspondientes de Partidas por el Digesto de Sala, además de asistencia a la cátedra de Religión por las tardes, y en el sexto y séptimo la Novísima Recopilación, con la *Ilustración* de Sala también como guía). Para ejercer la abogacía, un año más de práctica. Se implantaban los exámenes de curso además de los de grado, y el castellano pasaba a ser el idioma de las aulas, si bien se mantenía el latín para los argumentos y los ejercicios de academias, exámenes de grados y oposiciones. Por último, la preparación práctica, tras el grado de bachiller, se encomendaba a las academias universitarias: de Jurisprudencia Práctica Forense (con explicaciones teóricas sobre el *Febrero* corregido por José Marcos Gutiérrez y las obras de Hevia Bolaños, el conde de

[25] El texto, en Martínez Neira, *Estudio*, 2001, pp. 163-169.

La Cañada y Suárez de Paz, además de ejercicios de práctica procesal), de Oratoria y la tradicional de Leyes para adiestrar en la argumentación.

Aunque el Plan del ministro Tadeo Calomarde sufrió también alteraciones y no fue ajeno a los vaivenes políticos, marcó el rumbo hasta mediados de siglo, cuando en 1845 fue sustituido por el Plan Pidal, obra de Antonio Gil de Zárate. Un *Arreglo provisional* de Manuel José Quintana recuperó en 1836 las asignaturas más queridas para los liberales, implantó la libertad de manuales e inició la distribución de la enseñanza del derecho patrio por especialidades y no fuentes. Desde 1842 se exigió el grado de licenciado para abogar, sin más requisitos. Ese mismo año las facultades de Leyes y Cánones se refundieron en una sola Facultad de Jurisprudencia (llamada a partir del Plan Moyano de 1857 Facultad de Derecho) y se reorganizó una vez más la duración y contenido de los estudios jurídicos, progresivamente orientados a partir de entonces hacia la enseñanza del derecho positivo del Estado diferenciado por materias y sobre la base de los respectivos códigos a medida que fueron surgiendo, de acuerdo con la línea que se consolidó en los restantes planes decimonónicos.

En la ciudad de México, el reglamento de 16 de febrero de 1835 por el que se regularon los estudios jurídicos del Colegio de San Ildefonso señaló la obra de Juan Sala para la cátedra de Derecho Patrio, a la que en febrero de 1842 se añadió la *Instituta* de Vinnio. Ambos autores, junto con las *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias* de José Ma. Álvarez (publicadas por primera vez en Guatemala, 1818, y repetidamente editadas por toda América a lo largo del siglo XIX), dominaron la enseñanza del derecho civil hasta 1867 prácticamente en todas las escuelas de derecho mexicanas.

5. CONCLUSIÓN

En todo ese largo proceso histórico una conclusión se pone claramente de manifiesto: el progresivo empobrecimiento en la formación de los juristas, paralelo al empobrecimiento de su función en el mundo contemporáneo que llevó a convertirlos de intérpretes en aplicadores. Aunque los contenidos se enriquecieron con nuevas disciplinas, el fenómeno es evidente en el cambio de objetivos y métodos de enseñanza. De una enseñanza "educativa", volcada en la adquisición de destrezas y preocupada por armar de argumentos y saberes a los estudiantes, se pasó a una enseñanza "instructiva", volcada en la transmisión

de soluciones preestablecidas y ligada al dato legislativo, en el entendimiento de que la práctica no iba a exigir más que su aplicación automática; de una enseñanza basada en el diálogo y la disputa, a una enseñanza basada en la exposición, que quiso sustituir el método dialéctico por el sistemático deductivo y volvió más receptiva y pasiva la actividad discente, atenta a la memorización de lo dicho o escrito por otros, con los manuales como base suficiente para el análisis y comprensión del dato normativo.

Ambos modos encontraron su utilidad en la adecuación al escenario jurídico de su tiempo, desde un interés común por la capacitación para la práctica. El primero resultó necesario para desenvolverse en un orden jurídico de composición plural y ajeno a las categorías de igualdad, generalidad, abstracción y certeza características del orden liberal, donde el principal empeño del jurista era la búsqueda y defensa del derecho adecuado a cada caso; el segundo se estimó el mejor medio para garantizar la aplicación de un derecho impuesto al jurista, aun cuando todavía quedaba un largo camino por recorrer para que tal derecho pudiera adecuarse a aquellas categorías. La crisis de la enseñanza universitaria se resolvió de ese modo, al servicio de un derecho patrio que, desgajado de la cultura romanista donde se había forjado, no era más que precepto. Preocupaba su observancia y se entendió que de ese modo se garantizaba mejor. Así continuaba entendiéndolo en 1829 el asturiano Juan Francisco Siñeriz, quien, con pocos estudios jurídicos a sus espaldas y sin haber llegado a alcanzar el grado de bachiller en Leyes, se atrevió a publicar ese año un compendio de la *Ilustración* de Juan Sala con el propósito de aligerarla de lo mucho de "superfluo" e "inútil" que encontraba en ella y fatigaba la memoria de estudiantes y abogados, confiando en que de ese modo, al ofrecer tan sólo, y en un orden fácilmente localizable, "las doctrinas y casos de las mil novecientas cincuenta y ocho leyes de España" que contenía, contribuiría a disminuir los pleitos, pues nadie que conociera de antemano con tal claridad que las leyes le eran adversas se atrevería a embarcarse en un juicio. Pensaba también que eso permitiría "andar en manos de todos la ilustracion sobre nuestras leyes", "al alcance de los litigantes de uno y otro sexo".[26]

Conforme a los nuevos planteamientos se formaron las elites del gobierno y la administración en España a lo largo del siglo XIX, el "siglo de los abogados", cuando la carrera de Derecho fue la más concurrida y durante mucho tiempo

[26] Siñeriz, *Compendio*, 1833 (1ª ed., 1829), Prólogo.

la única que se impartió en todas las universidades. En unas universidades muy dóciles, muy poco críticas, carentes de inquietudes científicas, de donde no sólo no surgieron ya las grandes obras doctrinales que en los siglos modernos alumbraron sus catedráticos, sino ni siquiera los manuales que requerían la exposición del derecho patrio primero y las distintas disciplinas del derecho positivo después. A mediados de siglo, en las listas oficiales de textos, solamente la mitad eran españoles.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Para un planteamiento general, Giuliani y Picardi, (1979). Sobre la educación de los juristas y los cambios en la enseñanza universitaria del derecho en España a lo largo del periodo estudiado, Mariano Peset es entre nosotros la máxima autoridad y quien directamente o por medio de su magisterio ha marcado la pauta. Entre los numerosos estudios que ha dedicado al tema, puede acudirse a los publicados (solo o en colaboración con su hermano José Luis) en 1969, 1971, 1974, 1975, 1983, con Alonso Romero (2006). De esta última, para el punto de partida y la presencia del derecho propio en la enseñanza tradicional de la Universidad de Salamanca (2004 y 2006). De consulta inexcusable para el proceso reformista borbónico en esta Universidad es Addy (1966), que puede completarse con la reconstrucción del periodo que hace Demerson (1962) al trazar la trayectoria biográfica de Meléndez Valdés. Para Valladolid, Torremocha (1991, 1993); Alcalá, Aznar i García (2002); Valencia, Tormo Camallonga (2004). Desde una perspectiva más general, Álvarez de Morales (1988). Incide en alguno de los presupuestos de las reformas, y en concreto en el valor de la historia para la comprensión del derecho vigente como rasgo definitorio de la Ilustración jurídica en el contexto de afirmación del derecho patrio, Vallejo (2002). Las consecuencias de los planes carolinos en orden a la implantación de manuales, en Martínez Neira (1998); en la renovación de contenidos, los diferentes estudios sectoriales coordinados por Bermejo Castrillo (2004). La incorporación del estudio de la Constitución de Cádiz a las enseñanzas jurídicas en Salamanca, en Alonso Romero (2003).

Un buen estudio sobre las academias de práctica impulsadas por los abogados es el que dedicó Risco (1979) a la de Santa Bárbara en Madrid. Con especial

atención a la también madrileña de la Purísima Concepción y su incidencia en la enseñanza del derecho, Bermejo Cabrero (1985).

Para etapas posteriores, Peset (1969, 1970), Clavero (1992), Martínez Neira (2001).

Para México, Aguirre Salvador (1998) y Arenal Fenochio (1998).

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Addy, George M., *The Enlightenment in the University of Salamanca*, Durham, Duke University Press, 1966.

Bermúdez de Pedraza, Francisco, "Del modo de passar", en *Arte legal para estvdiar la Ivrisprudencia*, Salamanca, A. Ramírez, 1612.

Berní y Catalá, José, *Instituta civil, y real, en donde con la mayor brevedad se explican los §§ de Justiniano, y en su seguida los casos Prácticos, según Leyes Reales de España, muy util, y provechoso à los que desean el bien comun*, Valencia, J. Esteban y Cervera, 1775.

Castillo de Bobadilla, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra, y para juezes eclesiásticos y seglares*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1978 (edición facsimilar de la de Amberes, Juan Bautista Verdussen, 1704).

Castro, Juan Francisco de, *Discursos críticos sobre las Leyes y sus intérpretes*, Madrid, 2a. ed., E. Aguado, 1829.

Espino de Cáceres, Diego, *Instrvction y reglas para passar en la facultad de Canones, y Leyes*, Salamanca, Diego de Cusio, 1591.

Fernández de Mesa, Tomás Manuel, *Arte histórica, y legal, de conocer la fuerza, y uso de los Drechos Nacional, y Romano en España*, Valencia, Vda. de G. Conejos, 1747.

Informe de la Universidad de Salamanca sobre plan de estudios ó sobre su Fundacion, altura y decadencia, y sobre las mejoras de que es susceptible: con cuyo motivo presenta un proyecto de Ley sobre la Instrucción Pública, Salamanca, Vicente Blanco, 1820.

Luca, Giovanni Battista de, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Lyon, Cramer & Perachon, 1697, II, disc. CLXXVIII; VII, p. III, disc. XXX.

Martínez Neira, Manuel de, *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2001.

Medina y Flores, Miguel de, *Representacion que para promover el estudio de el Derecho español y facilitar su observancia, hace al rey nuestro Señor...(1744)*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LII (1878), pp. 356-367 y 481-495.

Nueva Recopilación (1567), *Recopilación de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la magestad Católica del Rey Don Phelipe V*, Madrid, J. Aritzia, 1723.

Novísima Recopilación de las leyes de España (1805), en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, Rivadeneyra, 1850.

Pichardo Vinuesa, Antonio, *Commentariorum in qvatvor Institutionum Iustinianearum libros*, Valladolid, Jerónimo Morillo, 1630.

Rodríguez Campomanes, Pedro, *Reflexiones sobre la Jurisprudencia española y ensayo para reformar sus abusos (1750)*, en A. Álvarez Morales, *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*, Madrid, INAP, 1989, Apéndice, pp. 137-185.

Rovito, Pier Luigi, *Respublica dei togati. Giuristi e societá nella Napoli del Seicento*, Napoli, Jovene, 1981.

Siñeriz, Juan Francisco, *Compendio del Derecho Real de España, estractado de la obra del Doctor Don Juan Sala, que se enseña en las Universidades del Reyno, y acomodado por preguntas y respuestas á la inteligencia de los litigantes, para saber y buscar por él las leyes correspondientes á las sentencias de sus pleytos*, Madrid, Leonardo Núñez, 1833 (ed. facsímil, Valladolid, Lex Nova, 2007).

Torres y Velasco, Antonio, *Institutiones hispanae practico-theorico commentatae*, Madrid, Herederos de Juan García Infanzón, 1735.

Villadiego, Alfonso de, "Forma de passar en Derechos", en *Instrvccion politica, y practica jvdicial*, Valladolid, Jerónimo Morillo, 1626.

Vizcaíno Pérez, Vicente, *Compendio del Derecho Público y Comun de España*, Madrid, J. Ibarra, 1784.

Siglas

AUSA, Archivo de la Universidad de Salamanca.

BUS, Biblioteca de la Universidad de Salamanca.

II. SUJETOS Y TERRITORIO

CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y CIUDADANÍA DE MÉXICO

Bartolomé Clavero
Universidad de Sevilla

> Las cualidades de los electores se prescribirán constitucionalmente por las legislaturas de los estados, a las que también corresponde reglamentar las elecciones conforme a los principios que se establecen en esta Constitución.[1]
>
> Los Estados no pueden en ningún caso: Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado, ni con potencias extranjeras. Esceptúase la coalición que pueden celebrar los Estados fronterizos para la guerra ofensiva o defensiva contra los bárbaros.[2]

SUMARIO: 1. Historiografía en el derecho. 2. Historia según una Corte Suprema vecina. 3. Punto ciego de Cádiz: la ciudadanía reclusa. 4. Continuidad en México: la ciudadanía deprimida. 5. Contrabando con Estados Unidos: las ciudadanías zanjadas. 6. Llamamiento constitucional.– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

1. HISTORIOGRAFÍA EN EL DERECHO

Para un tema de esta envergadura, nada menos que la ciudadanía, convendría seguramente arrancar con historiografía antes de adentrarnos en historia, empezar con algunas referencias a las ideas en curso respecto al primer constitucionalismo entre español y mexicano antes de que procedamos a unas constataciones y consideraciones que están lejos de ser, ya lo anuncio, las de circulación común. Las publicaciones más difundidas y las lecturas más habituales, las

[1] *Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*, 1824, art. 9.
[2] *Constitución de la República Mexicana*, 1857, art. 111.1.

representaciones más a mano en suma, sobre aquel momento clave de un constitucionalismo participado y una ciudadanía compartida entre la España europea y la extensión americana que entonces todavía se decía Nueva España, el previo a la independencia de México manteniendo un margen bastante marcado de continuidad en este terreno constitucional y ciudadano, no son precisamente las que pueden abonar y desde las que pueda comprenderse cuanto me dispongo a exponer. Eso mismo de la continuidad pronunciada en la configuración constitucional de una ciudadanía, no es algo que suela precisamente resaltarse o ni siquiera tenerse usualmente ante la vista. La Constitución española de 1812, la de Cádiz, se reconoce como Constitución también de México, pero no hasta ese punto.

Por prevenir tanto las dificultades seguras como los malentendidos probables dadas las ideas predominantes, es por lo que digo que sería conveniente despejar de algún modo el panorama de la historiografía antes de adentrarnos en el escenario de la historia.[3] Me basta sin embargo ahora con la formulación de la advertencia para recomendar que pongamos, si les parece, unos conocimientos entre paréntesis. Soy el primero en hacerlo. Voy a evitar en la exposición el debate historiográfico, incluso con la historia política y jurídica más específica, para centrarme desde un primer momento en el terreno histórico del derecho o, más en concreto, del constitucionalismo que históricamente se origina entre España y México. Algún toque de debate podré permitirme en el apunte historiográfico que al final ofrezco, pero no voy aprovechar la historiografía ni siquiera para entrar, aunque fuera a la contra, en materia. Desde un primer momento, es al derecho a lo que quiero recurrir directamente. Explico cómo.

Voy a tomar como punto de partida un momento jurídico que parece de entrada ajeno no sólo a España, sino también a México, no sólo al pasado de la España actual, sino también al del México definitivo, al que definitivamente se contrajera a su espacio presente tras el Tratado de Guadalupe-Hidalgo con Estados Unidos, pero momento ajeno que nos va introducir en materia propia. En realidad se trata de una representación historiográfica, de lo que he dicho que prescindo para el arranque. No se produce sin embargo por profesionales de la historiografía, sino por una corte de justicia, por un órgano judicial que, ante un caso determinado, se interroga sobre la ciudadanía mexicana y, encontrándola extraña, intenta explicarse su historia. Una sentencia de un tribunal

[3] Clavero, "Cádiz", 2007.

no español ni mexicano nos ofrecerá tanto introducción como contrapunto. La pieza de historiografía que nos va a servir la encontramos en el terreno del derecho porque lo era o quería serlo. Me estoy refiriendo a un caso visto y sentenciado por la Corte Federal Suprema de Estados Unidos, la cual hubo de dictaminar si se reunía la condición de ciudadanía por indígenas transferidos de México en 1848 mediante dicho Tratado de Guadalupe-Hidalgo. Creo que tal caso judicial puede ayudar a ubicarnos de entrada mejor que cualquier referencia, crítica incluso, a labores de historiografía. Nos introduce de cabeza en el derecho y en la historia de la ciudadanía de México.

2. HISTORIA SEGÚN UNA CORTE SUPREMA VECINA

Estamos en 1913, tras que el primer centenario de la Constitución de Cádiz se hubiera conmemorado tanto en España como, con revolución y todo de por medio, aquí en México, cuando la Corte Suprema de Estados Unidos vino a ocuparse de la historia de la ciudadanía mexicana. Este organismo judicial, como en general los medios jurídicos estadounidenses, andaba ajeno a la efemérides de 1912, la del centenario de Cádiz. Iba a decir que por supuesto pero rectifico sobre la marcha. Parte de Estados Unidos definitivo había atravesado por la experiencia jurídica gaditana, mas la narrativa constitucional al norte del Río Grande arrancaba de Nueva Inglaterra y no de Nueva España para cualquiera de las latitudes comprendidas en las fronteras finales. Vamos a ver cómo se figuraban la historia de la ciudadanía mexicana quienes no tenían a la vista la Constitución de Cádiz. Comencemos viendo por qué personas que no se dedicaban a la investigación historiográfica hubieron de bregar con este asunto.

Seamos sumarios respecto a las circunstancias del caso. Se refiere a los llamados *indios pueblos* o *Pueblo Indians*, quienes estaban comprendidos en el seno de la humanidad transferida, junto con el territorio, por México a Estados Unidos a mediados del siglo XIX con Guadalupe-Hidalgo. El nombre de *pueblos* sabidamente procede de sus asentamientos de mampostería, formando núcleos de población que se gobernaban internamente a sí mismos con plena autonomía a efectos prácticos. Constituían una veintena de ciudades-Estado cuando la transferencia se produjo, provocándole a Estados Unidos el problema de su tratamiento jurídico. La cuestión de la ciudadanía se planteó

entonces no respecto a su autogobierno, sino a su capacidad jurídica para relacionarse con ciudadanos de Estados Unidos. ¿Podían, por ejemplo, transferir tierras por meros actos privados entre particular *pueblo* y particular estadounidense sin trámite de mediación de las respectivas comunidades políticas como si el uno y el otro compartiesen una misma ciudadanía? ¿Podían comerciar entre sí particulares con particulares, como si no hubiera distinciones de pertenencias políticas? He aquí el asunto más sensible que condujo la cuestión ante la misma Corte Federal Suprema. Lo era particularmente la práctica de enajenación de tierras.

Antes de 1913, la misma Corte ya había tenido ocasión de pronunciarse y lo había hecho en un sentido favorable a la participación de ciudadanía y, por tanto, a la capacidad de los *Pueblo Indians* para enajenar tierras suyas mediante contratos entre particulares, pero se produjeron resistencias comenzándose por las más tajantes de los propios *Pueblo Peoples* o comunidades *pueblos*, las que he dicho ciudades-Estado no sólo para entendernos, pues eso eran. Se negaban al reconocimiento de dicha capacidad de disposición de tierras entre particulares por cuanto que su derecho, el derecho *pueblo*, la excluía por completo pues minaba la estructura comunitaria del propio orden político. Sólo la comunidad podía proceder a la enajenación. Como la posición jurisprudencial estadounidense resultaba así de lo más conflictiva, el asunto hubo de replantearse por empeño de adquirientes particulares de Estados Unidos que se encontraban con dicha resistencia colectiva de parte *pueblo*. Ésta no podía instar el caso pues carecía de legitimación procesal para Estados Unidos. Por que éstos tolerasen su autogobierno, no le franqueaban el acceso a sus tribunales. En todo caso el asunto se repone y la Corte Federal Suprema se ve en la necesidad de entrar más a fondo en el conflicto mediante la indagación de historia y también, a su modo, de antropología. A esto procede dicho año de 1913 en una sentencia famosa por su alcance: *United States versus Sandoval*. He aquí el fragmento que esencialmente nos interesa. La cita merece que se haga con cierta extensión. Perdón si no traduzco, pero enseguida paso a la glosa:

> The people of the *pueblos*, although sedentary rather than nomadic in their inclinations, and disposed to peace and industry, are nevertheless Indians in race, customs, and domestic government. Always living in separate and isolated communities, adhering to primitive modes of life, largely influenced by superstition

> and fetishism, and chiefly governed according to the crude customs inherited from their ancestors, they are essentially a simple, uninformed, and inferior people. Upon the termination of the Spanish sovereignty they were given enlarged political and civil rights by Mexico but it remains an open question whether they have become citizens of the United States. *See* Treaty of Guadalupe Hidalgo, Arts. VIII and IX [...]. Be this as it may, they have been regarded and treated by the United States as requiring special consideration and protection, like other Indian communities. [...] During the Spanish dominion the Indians of the pueblos were treated as wards requiring special protection, were subjected to restraints and official supervision in the alienation of their property, [...] *Laws of the Indies*, Book VI, title I, laws 27 and 36, title II, law 1; Book V, title II, law 7; Book IV, title XII, laws 7, 9, 16-20; Cedulas and Decrees shown in Hall's *Mexican Law*, §§ 162-171. After the Mexican secession they were elevated to citizenship and civil rights not before enjoyed, but whether the prior tutelage and restrictions were wholly terminated has been the subject of differing opinions [...]. [Whether Pueblos are United States] citizens is an open question, and we need not determine it now, because citizenship is not, in itself, an obstacle to the exercise by Congress of its power to enact laws for the benefit and protection of tribal Indians as a dependent people. [...] It is true that the Indians of each pueblo do have such a title [to lands...], but it is a communal title, no individual owning any separate tract. In other words, the lands are public lands of the pueblo. [...They are] adjudged subject to the legislation of Congress enacted in the exercise of the government's guardianship over those tribes and their affairs.

La decisión final en el sentido de la incapacitación se basa en este último argumento, el del poder del Congreso anexo a un deber de tutela sobre las *tribes*, como así, *tribus*, se les llama también, por *Indians*, a los *Pueblos*. No se fundamenta en la referencia al carácter comunitario de la propiedad indígena, un registro que resulta incidental para la motivación. *The government's guardianship over those tribes*, y no el *communal title* de la propiedad indígena, es lo que sostenía el fallo. ¿Cómo pudiera ser de otra forma cuando la misma argumentación judicial aplica sin ningún tapujo a la condición indígena, como puede verse, los prejuicios racistas de la antropología más degradante? Como cosa de gente que se dice *primitive* y, con ello, inferior, supersticiosa, fetichista, ignorante y simple, según todo ello lo entienden unos jueces, no cabe que su derecho, como ese del título comunal, transcienda hacia el exterior de la propia comunidad en ningún modo, no tocando ni siquiera al ciudadano estadounidense que entra en relación. Obsérvese que es en este contexto de unas costum-

bres que la sentencia tacha de atávicas y crueles (sigo traduciendo) donde se produce la referencia al autogobierno que en sí no se cuestiona. Reténgase todo esto pues va a interesar a nuestro asunto de la Constitución de Cádiz y la ciudadanía de México.

Pero no es por esto, porque pueda servirnos de término de referencia, por lo que he comenzado colacionando el caso, sino por la historia que nos ofrece. La Corte Federal Suprema de Estados Unidos se muestra perpleja porque el Tratado de Guadalupe-Hidalgo hubiera producido el efecto de una transferencia no sólo de humanidad, sino también de ciudadanía, como si no se hubiera tenido en cuenta que gente por lo visto tan degradada contase con derechos ciudadanos en México y podría por lo tanto entenderse ciudadana en Estados Unidos. Es esto al fin y al cabo lo que había entendido la jurisprudencia anterior que ahora se revisa y cancela. El sinsentido del resultado de la transferencia para el criterio de unos jueces es lo que lleva a su escrutinio de la historia. ¿De verdad que los *Indians* contaban con derechos ciudadanos cuando dependían de México? ¿El avance de la frontera unido a las previsiones acogedoras de Guadalupe-Hidalgo los integraba de verdad en una ciudadanía en común con los estadounidenses? De la cuestión histórica derivaría la decisión judicial. Era entonces importante la averiguación sobre un pasado.

Ahí viene y a eso viene la historia en la sentencia. Se eleva a los tiempos que se dicen de dominación española, *Spanish Dominion*, cuando *the Indians* tenían una capacidad disminuida por su consideración como pupilos, *wards*, de las magistraturas no indígenas, necesitando muy en concreto restricciones e intermediaciones para la alienación de su propiedad. El respectivo trato comercial estaba intervenido. Es una constatación que se basa en alegaciones pertinentes de las *Leyes de Indias*. La historia que así se representa es sólida.[4] A continuación llega, con la independencia, la novedad. México concede a los *Indians* derechos civiles y políticos en términos de *citizenship*, de *ciudadanía*. Si esto hubiera implicado tal condición en plenitud, entonces, conforme a Guadalupe-Hidalgo, la misma, sin restricciones, les correspondería también en el seno finalmente de Estados Unidos. Se ve que choca. A aquellas alturas de principios

[4] Compruébese con las referencias a las *Leyes de Indias* o también con las que se agregan a los materiales adicionales de tiempos españoles coleccionados en Hall, *Laws*, 1885. La sentencia se tiene en internet: <http://supreme.justia.com/us/231/28/case.html>.

del siglo pasado los miembros de comunidades indígenas, quienes mantenían unas formas comunitarias, no tenían acceso a la ciudadanía estadounidense. Es lo que está en el trasfondo de la perplejidad judicial ante el efecto de Guadalupe-Hidalgo.

La historia sirve también para despejarla. El transcurso entre dominio español y ciudadanía mexicana les resultaba demasiado brusco para ser verosímil. El precedente de la tutela española arroja una densa sombra sobre la participación de la ciudadanía en México. Es el punto que se entiende crucial: *whether the prior tutelage and restrictions were wholly terminated has been the subject of differing opinions*. Resultaba problemático que, con la independencia, la relación de tutela y la consiguiente práctica de restricciones hubieran desaparecido de la noche a la mañana como por ensalmo. La propia Corte Suprema de Estados Unidos entiende que, tratándose de *Indians*, de gente que tiene por tan degradada, la ciudadanía no sería incompatible con la tutela, esto es, con la restricción de unos derechos y la intervención de su práctica hacia el exterior de la comunidad. Tal cosa vendría ocurriendo en México, con lo que no estaría ya tan claro que los *Indians* pudieran sin más beneficiarse de la transferencia entre ciudadanías por virtud del Tratado de Guadalupe-Hidalgo. Toda esta historia figura en la sentencia.

Hay un lapso en la misma. Entre dominación e independencia, México y España habían compartido un momento constitucional, el de la Constitución de Cádiz. Brilla por su ausencia en la historia que así, judicialmente, se representa. Para quienes no conmemoraban aquella Constitución española quedaba la misma por completo fuera del campo de visión, pero ahí se encontraba constituyendo un serio reto histórico. Era entonces un punto ciego. De serlo con razón, de no tener nada que ver la Constitución gaditana con la ciudadanía mexicana, mi exposición habría de concluir en este preciso momento, antes de empezar. Pero no nos precipitemos. Ante el punto ciego, interroguémonos. Hay, cuando menos, preguntas que hacerse.

¿Fue Cádiz un momento último de prolongación de la dominación española sin mayor significación para el tránsito hacia una ciudadanía indígena, cualquiera que al final fuere? ¿La anticipó en cambio o pudo llegar a establecerla de alguna manera? En este caso cambiaría dramáticamente el escenario pues ya no sería el de una emancipación o independencia que pudiera más fácilmente explicar el impulso a la participación de la ciudadanía. Entre ciudadanía española y ciudadanía mexicana concurriendo en ésta al menos sujetos carac-

terizadamente indígenas, ¿qué relación habría? Es el extremo que quiero tratar, contando ya de entrada con unas evidencias, gracias a la historia representada por la jurisprudencia estadounidense respecto a los *Pueblo Indians*, y ayudándome desde luego de estudios pertinentes a dicha cuestión de una historiografía del derecho producida en sede judicialmente respecto a materia indígena entre otras varias.[5]

La primera evidencia ya conseguida resulta bien significativa. Me refiero a la extrañeza y perplejidad de unos jueces estadounidenses. La constatación de que en México participaba la ciudadanía entre no indígenas e indígenas podía hasta repugnarles, mientras que en cambio comprendían el planteamiento de tutela de la dominación española, asumiéndolo incluso. Esto les llevaba a la presunción de que México no podía actuar de otro modo y al convencimiento de que prosiguió haciendo lo mismo que España sólo que solapadamente bajo la cobertura de la ciudadanía en falso. Tamaña suposición no aporta ninguna respuesta por supuesto, sino que provoca la cuestión que aquí importa. La abre en esos términos de extrañeza con los que conviene enfrentarse. La indudable ciudadanía indígena mexicana planteaba entonces un interrogante que hoy debemos como tal abordar. No conviene tomarla como un dato pacífico sin mayor significación. Tenemos que interrogarnos sobre cómo se produjo el tránsito de la dominación española y su tutela de indígenas a la ciudadanía mexicana incluyente para con los mismos. Ahí se sitúa el momento histórico de la Constitución de Cádiz.

3. PUNTO CIEGO DE CÁDIZ: LA CIUDADANÍA RECLUSA

Pues parece que el método del escrutinio documental sin mediación historiográfica nos está rindiendo, hagamos lo propio con esta Constitución, la española de 1812, española en el sentido imperial que se extiende de la España europea a las que entiende como otras Españas, las ultramarinas. *Las Españas* en plural, con tal alcance multicontinental desde Iberia hasta las Filipinas, es el término empleado por esta Constitución. Veamos en directo cómo la misma configura la ciudadanía. Así la define:

[5] Ųitz, *Constitutions*, 2005.

> Art. 18. Son ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y están avecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios.

Ciudadanos no son todos, sino unos determinados *españoles*, lo cual, lo que más tarde se llamaría nacionalidad como categoría distinta y previa, ya puede a su vez ser concepto que demarque y de este modo, más de raíz, excluya:

> Art. 5. Son españoles: Primero. Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos. Segundo. Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza. Tercero. Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía. Cuarto. Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.

Las exclusiones significativas figuran al principio y al final, en el primero y en el cuarto apartado. La Constitución resulta tan excluyente de la mujer que no la toma en cuenta ni siquiera para referirse a la reproducción humana: *Son españoles todos los hombres libres y avecindados y los hijos de éstos*, todo así en masculino. Los calificativos para el hombre resultan también clave. El primero, el de libertad, se relaciona con el apartado cuarto: *Son españoles los libertos*, lo cual significa que subsiste la esclavitud. De la vecindad hablaremos luego. Sigamos abundando ahora en la clave de la libertad. Se dice *libres* de los hombres no porque se presuma que lo sean, sino porque, como la esclavitud se mantiene, los hay no libres. Esto confiere sentido a una extraña perífrasis de la definición de la ciudadanía: *Son ciudadanos aquellos españoles que traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios.* Si los hemisferios terrestres son, por definición, sólo dos, ¿por qué no se hace referencia al universo entero en vez de a la suma de sus dos mitades? No se trata de una licencia literaria, pues para aquel constitucionalismo hay más hemisferios que para la geografía de nuestro planeta.[6] *Ambos* es expresión que se refiere, de una parte, a Europa y, de otra, a América y Asia, resultando que hay uno tercero, el de África, excluido como tal, salvo exigentes excepciones de carácter individual.

> Art. 22. A los españoles que por cualquier línea son habidos y reputados por originarios del África, les queda abierta la puerta de la virtud y del merecimiento para

[6] Clavero, "Hemisferios", 2006.

> ser ciudadanos: en su consecuencia las Cortes concederán carta de ciudadano a los que hicieren servicios calificados a la Patria, o a los que se distingan por su talento, aplicación y conducta, con la condición de que sean hijos de legítimo matrimonio de padres ingenuos; de que estén casados con mujer ingenua, y avecindados en los dominios de las Españas, y de que ejerzan alguna profesión, oficio o industria útil con un capital propio.

La esclavitud que se mantiene es la africana o, más precisamente, la afroamericana. La geografía constitucional de la ciudadanía no resulta entonces exactamente territorial. *Ambos hemisferios* de la ciudadanía de *españoles* son entonces, de una parte, el de los ciudadanos europeos y euroamericanos; de otra, el de los ciudadanos indígenas, los de América y los archipiélagos de Asia a los que se extendían *los dominios españoles*. De entrada no se distinguen, sino que se integran formando parte de una misma ciudadanía, la española que así comprende a la novohispana, la que luego se dirá mexicana, la así común a no indígenas e indígenas.

Sobre todo esto no cabe la menor duda a la vista de las categorías adoptadas por la Constitución de Cádiz. La exclusión radical por esclavitud era africana, bastando una sola línea de descendencia para producirla. Alcanzar la libertad por emancipación daba acceso a la condición de español, pero no en cambio a la de ciudadano, para lo que se requerían exigentes méritos individuales. Dicho de otra forma, la exclusión de *África* en la ciudadanía resultaba de índole racista, pues se extiende a los afroamericanos no esclavos. Hay algún caso documentado de recurso al artículo 22 constitucional precisamente en México,[7] pero, dado que el censo electoral era de competencia municipal, tampoco hay que descartar que se produjeran sin el trámite congresual casos de ejercicio local de ciudadanía afroamericana.

Nada de esto afectaba a indígenas de América y Asia, respecto a quienes se establecía una ciudadanía en común con no indígenas. Pues no es el cuadro que suele presentarse por la historiografía predominante, que a menudo ni siquiera se preocupa por el juego de las exclusiones e inclusiones cuando se ocupa de la ciudadanía en sociedades tan plurales y desiguales, conviene que subrayemos ambas cosas en su alcance general, tanto la exclusión africana como la inclusión indígena. Junto a la abstracción más completa de la mujer, son los

[7] Arenal, "Ruiz", 2002.

elementos primordiales y característicos en la definición y adjudicación de la ciudadanía gaditana.

Hay también exclusiones de cara a indígenas, pero ya de orden secundario, sobre la inclusión de partida. Hay varias posibilidades implícitas con carácter no exclusivo y una específica y bien explícita, ésta la de mayor alcance. He aquí las primeras:

> Art. 25. El ejercicio de los mismos derechos [de ciudadano] se suspende: Primero. En virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral. Tercero. Por el estado de sirviente doméstico. Cuarto. Por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido. Quinto. Por hallarse procesado criminalmente. Sexto. Desde el año de mil ochocientos treinta deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos de ciudadano.

La *incapacidad moral* que, desde una mentalidad racista no ajena a aquella Constitución, podría aplicarse fácilmente a indígenas, incluso colectiva y hasta masivamente, se formula con la relativa garantía de la intervención judicial. *Sirviente doméstico* era entonces categoría técnica del derecho para significar en sus términos más generales lo que hoy llamamos trabajador por cuenta ajena. *Saber leer y escribir* se presumía, sin necesidad para aquella mentalidad ni siquiera de decirse, que había de ser en castellano, la lengua de la Constitución. Ahí tenemos en suma las posibilidades que he llamado implícitas y no exclusivas, las que pueden producir exclusión de indígenas por suspensión del ejercicio de la ciudadanía que en principio les corresponde. El juego efectivo que dieron en esta dirección fue muy desigual en tiempos de Cádiz y, pues éste es uno de los extremos de continuidad, en los de la ulterior ciudadanía de México.

He dicho que también hay una exclusión de la ciudadanía específica y explícita, ésta además de un potencial muy superior. Hela:

> Artículo 335.10. Las diputaciones de las provincias de Ultramar velarán sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles, cuyos encargados les darán razón de sus operaciones en este ramo, para que se eviten los abusos: todo lo que las diputaciones pondrán en noticia del Gobierno.

Se mantiene un régimen de misiones para la penetración de lo que los jueces estadounidenses llamarían *the Spanish Dominion*, la dominación

española. De esta forma, un contingente indígena de indudable importancia, pues tal dominio europeo en América era muy inferior al que la propia Constitución presumía, se le tenía de entrada por excluido de la ciudadanía o de cualquier titularidad ni garantía de derecho. Quedaban en manos de misiones que habrían de lograr su *conversión* y entonces transferirlos a unas instituciones constitucionales, las Diputaciones de Provincias como organismos de gobierno de las mismas, para que procediesen a su incorporación a la ciudadanía en cuanto que españoles que se les presume. Dicho de otra forma, con carácter transitorio por ese mismo horizonte de comunidad ciudadana, *los indios infieles* y sólo ellos se mantienen bajo aquel régimen de tutela que la jurisprudencia estadounidense consideraría como característico de la dominación española. Ignoraba que durante la misma pudieron llegar ya a conjugarse de tal modo ciudadanía y tutela, lo que en cambio atribuía a aportación mexicana, apreciándolo además como contribución deseable y positiva.

La previsión del apartado décimo del artículo 335 de la Constitución de Cádiz, en un momento tan alejado del tratamiento de la ciudadanía pues se produce en el capítulo de las Diputaciones de Provincias, obtuvo desarrollo reglamentario. Se produjo sustancialmente en la dirección de disponer que, para la incorporación efectiva a la ciudadanía, las referidas Diputaciones habían de proceder con carácter inmediato a la organización de elecciones locales para la constitución de Municipios. Y punto prácticamente. No sólo se trataba de que la vía de incorporación indígena a la ciudadanía fuera la municipal, sino también que, por todos los visos, se entendía que en esto, en la constitución de Municipios propios, se agotaba la incorporación misma. La ciudadanía activa en las mismas Diputaciones así como en las instituciones constitucionales superiores, se sobrentendía que ya había de ser no indígena.

El nivel municipal era esencial para la propia Constitución de Cádiz. Recordemos el énfasis que pone en la vecindad para la determinación de la condición tanto española como ciudadana. Comparece, como hemos visto, hasta cuatro veces en el momento de las grandes definiciones (arts. 5.1 y 3, 18 y 22). No en vano. Eran organismos constitucionales dotados de una autonomía con sustanciales competencias. Constituir Municipio era un derecho para no indígenas e indígenas, no así una concesión que pudiera quedar al arbitrio de las Diputaciones cuando se produjera la recepción de gente transferida de manos de las misiones: "Art. 310. Se pondrán ayuntamientos en los pueblos que no le

tengan y que convenga le haya, no pudiendo dexar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente".

Adviértase que, aun con derecho propio y todo, no queda excluido el juego del sustrato racista al que la misma Constitución de Cádiz no era ajeno y mediante el cual, bien explícito en su caso, la jurisprudencia estadounidense llegaba a una conclusión similar, si no idéntica: era admisible el autogobierno local indígena siempre que se recluyese a esta escala y no alcanzase de modo alguno a no indígenas. Podían incluso tolerarse hasta ciudades-Estado indígenas si era bajo estos supuestos. Esto cabe en Cádiz. Los *pueblos* podrían mantenerse como tales, gozando de su propio autogobierno, bajo el presupuesto de que ahora formaban o deberían pasar a formar Municipios constitucionales. Cómo se pudo en la práctica articular la autonomía constitucional con el autogobierno comunitario bajo la Constitución de Cádiz fue un reto que dio lugar a una variedad de casos muy desigual entonces y más desigualmente conocida hoy. Hay evidencias de que el contingente no indígena, entonces minoritario en el seno de la ciudadanía novohispana, se alarmó ante las posibilidades que dicha Constitución ofrecía a la ciudadanía indígena, local y todo. Que este sobresalto tuvo algo que ver con el más bien repentino impulso criollo a la absoluta independencia cuando la Constitución de Cádiz se restablece en 1820 parece indudable.

La práctica constitucional de la ciudadanía gaditana en Nueva España pudo desde luego ir mucho más allá de lo previsto desde Vieja España. Entre indígenas hubo realmente de apreciarse las posibilidades del establecimiento constitucional de la autonomía municipal, mas como algo que viniera a reforzar y no a sustituir su propia organización comunitaria. La sustitución era por supuesto la previsión española. Pero no. El gobierno interno de la comunidad podía estar resuelto y más ahora que recibía el refuerzo de la cobertura constitucional. Las nuevas autoridades Municipales podían agregarse y superponerse para desempeñar otras funciones, por ejemplo la de relacionarse con otras comunidades indígenas sobre todo si compartían lengua y cultura, esto es si formaban parte de un mismo pueblo en el sentido no local. Los flamantes municipios indígenas comenzaron a preocuparse más de esas posibilidades de recuperación de pueblo propio que de incardinación en el orden constitucional que sólo los relacionaba con unas Diputaciones ya no indígenas. ¿Se comprende que la alerta criolla llegara en ocasiones al pánico?

Un complejo sistema electoral en varios grados, algunos con deliberación y votación en público, estaba cuidadosamente diseñado para que los Municipios no se vinculasen entre sí a costa de la posición de las Diputaciones, así como también para que la representación de éstas se produjera con la depuración y criba de indígenas o, más en general, de gentes sin la lengua o cultura de Castilla, también esto para la España europea, pero por América las cosas podían desbordarse con más facilidad a dicho nivel de la ciudadanía municipal, aquel en el que se pretendía recluir a indígenas. Retengamos todo esto por las modificaciones que vamos a ver plantearse acto seguido tras la independencia en México. Todas ellas responderán a dicha preocupación ante una ciudadanía compartida sin mecanismos suficientes para asegurar un dominio de minoría no indígena. Porque lo primero no vaya a ponerse en cuestión, no dejará de afrontarse lo segundo. La continuidad será sustancial, pero no íntegra ni mucho menos.

Encerraba, con todo, pleno sentido aquello de que la Constitución, para definir la condición de español, se refiriera a un par de hemisferios que no llegaban a componer un globo redondo. No sólo es que hubiera uno tercero, el africano, fuera del universo constitucional, sino que también, pese a la impresión contraria de entrada, existía distinción entre un primer hemisferio, el europeo y euroamericano, y uno segundo entonces intermedio, el americano y asiático indígena. Todo esto guardaba su lógica. Entre fórmulas integradoras, se deslizaba una referencia que podía efectivamente desagregar y hasta segregar: *ambos hemisferios* de una ciudadanía global.

¿Acudimos a otro lenguaje más transparente que el constitucional? *The Spanish Dominion* era por supuesto colonial, pero se había así reformulado como constitucional. Resulta que con esto fue el propio colonialismo español y no el constitucionalismo mexicano el que produjo la cuadratura del círculo de la ciudadanía a la vez integradora y segregacionista sin necesidad además de una tutela permanente, esto que se escapaba a los jueces estadounidenses. Era algo realmente notable para una época de surgimiento del constitucionalismo sin cancelación del colonialismo. Ni la independencia estadounidense ni la revolución francesa establecieron ni imaginaron nada parecido a la concepción y configuración de una ciudadanía tan singular y plural como la de Cádiz.

Pongámonos en la piel de los jueces estadounidenses que se aplicaron a la ubicación constitucional de los *Pueblo Indians* mediante historia y antropología. Se mostraron satisfechos de su hallazgo de una práctica solapada en México,

la de tutela en el contexto incluso de una ciudadanía en común, pues al fin y al cabo es lo que les parecía bien para los propios Estados Unidos. Se equivocaban en su descubrimiento por partida doble. Desde los últimos tiempos del colonialismo español, los que ya fueron también de constitucionalismo, un mecanismo que efectivamente cobraría todavía mucha fuerza en Estados Unidos, el de la tutela indígena, no es que desapareciera, pero estaba dejando de ser tan esencial pues no era ya ni permanente. La mayor equivocación se refiere por supuesto a la ignorancia respecto a Cádiz, pues de aquí deriva el otro error, el respectivo a la tutela. Si lo que hubieran descubierto es que la cuadratura del círculo que tanto ellos mismos deseaban había constituido una aportación histórica de la *Spanish Dominion*, un logro colonial así antes que constitucional, se habrían sentido desasosegados e inseguros. O tampoco. Al fin y al cabo no ocultaban ni les avergonzaba el origen español y así colonial de la tutela indígena que podía mantenerse con más fuerza en Estados Unidos que en el propio México.

En fin, la continuidad resulta entonces que puede producirse no sólo entre Nueva España y México, como vamos a comprobar enseguida, sino también y ante todo, Cádiz mediante, entre colonialismo y constitucionalismo. A unos jueces americanos no parece que esto les inquietase especialmente, pero a nosotros creo que debería. Una constatación tan chocante habría de ser un incentivo para adentrarnos más a fondo en la historia de los orígenes constitucionales. México es un espléndido laboratorio.

4. CONTINUIDAD EN MÉXICO: LA CIUDADANÍA DEPRIMIDA

La ciudadanía gaditana se mantiene tras la independencia por parte del primer constitucionalismo de los Estados Unidos Mexicanos. No es una constatación que suela hacerse en unos términos tan categóricos pues el propio federalismo de México solapa la continuidad con respecto a la Constitución gaditana. La Constitución federal de 1824 mira naturalmente, como tal que es, más a Filadelfia que a Cádiz. Precisamente por esto, siguiéndose el ejemplo de un régimen competencial respecto a la ciudadanía que en Estados Unidos se mantendría hasta la abolición de la esclavitud en los años sesenta del XIX, la determinación y regulación de los derechos ciudadanos correspondía a los Estados federados y no al Estado federal. Es entre las constituciones de los primeros y la Constitución de Cádiz que en concreto se mantiene la continuidad en tema

de ciudadanía. Esto sólo pasa por la Constitución federal por su remisión de la materia de ciudadanía a las constituciones de los Estados.

La configuración gaditana fue la configuración mexicana por obra de las constituciones de los Estados incluso en términos esto de formulación literal, bien que con retoques y añadidos que pudieran resultar de lo más elocuentes. No se entiende bien su alcance mismo si no mantenemos a la vista como término de referencia el texto gaditano. Véase una selección de tan sólo unos pocos ejemplos para que podamos proceder a la comparación:

Constitución de Occidente (1825):
Art. 28. El ejercicio de estos derechos [de ciudadanía] se suspende: 1º. Por incapacidad física o moral, notoria o calificada por autoridad competente. [...] 6º. Por tener costumbre de andar vergonzosamente desnudo; pero esta disposición no tendrá efecto con respecto a los ciudadanos indígenas hasta el año de 1850. 7º. Por negarse a prestar auxilio a las autoridades, o resistir sus llamamientos. 8º. Por el estado de sirviente doméstico, cerca de la persona a quien sirve. [...] 12º. Por no saber leer y escribir; pero esta restricción no tendrá efecto hasta el año de 1850.

Constitución de Chiapas (1826):
Art. 25. El ejercicio de los derechos del ciudadano se suspende: 1º. Por incapacidad física o moral, previa declaratoria legal. [...] 6º. Por el estado de sirviente doméstico, cerca de la persona. 7º. Por no saber leer ni escribir, cuya disposición tendrá su efecto hasta el año de 1835, y para los nacidos del 1º de enero de 1815 en adelante.

Art. 70. En cada departamento habrá un prefecto y en cada partido un subprefecto, sin perjuicio de que puedan ponerse estos funcionarios donde lo exijan particulares circunstancias.

Art. 71. Los prefectos estarán inmediatamente sujetos al gobernador, y los subprefectos al prefecto.

Art. 72.10. La ley señalará [...] los casos en que [prefectos y subprefectos] puedan reunir las funciones de los alcaldes constitucionales acumulativamente con éstos.

Constitución de Coahuila y Texas (1827):
Art. 13. En el estado nadie nace esclavo desde que se publique esta constitución en la cabecera de cada partido, y después de seis meses tampoco se permite su introducción bajo ningún pretesto.

Art. 22. El ejercicio de los mismos derechos [de ciudadano] se suspende: 1º. Por incapacidad física o moral, previa la correspondiente calificación judicial. [...] 6º. Por no sabe leer y escribir; pero esta disposición no tendrá efecto hasta después

del año de 1850 respecto de los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos de ciudadano.

Art. 155. Toca a los ayuntamientos el cuidar de la policía y gobierno interior en los pueblos del estado, y a este fin los habrá en todos aquellos que hasta aquí los hayan tenido.

Art. 156. En los pueblos que no los tengan y convenga el que los haya, se pondrán, no pudiendo dejar de haberlos en las cabeceras de partido, cualquiera que sea su población, ni en los pueblos que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, si no es que éstos se hallaren unidos a otras municipalidades, en cuyo caso, porque por otras circunstancias pueda no convenir su separación, será necesario para que tengan ayuntamiento que lo declare el congreso, previo informe del gobierno, y el espediente que deberá formarse con señalamiento del territorio que haya de ocupar la nueva municipalidad.

Obsérvense bien no sólo los precedentes del lenguaje, gaditanos por supuesto, sino también y sobre todo los retoques y añadidos. En el Occidente, esto era Sonora y Sinaloa, la declaración de *incapacidad moral* que suspende ciudadanía ya no se exige que sea judicial, pues basta la apreciación por *autoridad competente*, la que puede por supuesto ser no sólo la constitucional, sino también la militar o la eclesiástica. El *estado de sirviente doméstico* que era sencillamente el del trabajo por cuenta ajena tiende en cambio a restringirse, pero por no afectarse a trabajadores no indígenas. Tiene que ser *cerca de la persona* como se dice por la misma Constitución de Occidente o también, entre otras, por la de Chiapas. En realidad, respecto a este punto también se produjo continuidad porque en España ya se había modulado en dicho sentido la cláusula constitucional de referencia por el propio Congreso, las Cortes:[8]

[B]ajo la referida voz [*sirvientes domésticos*] sólo debe comprenderse los criados que estipulen o contraten prestar a las personas de sus amos como objeto principal algún servicio casero y puramente mecánico con esclusiva de otro cualquiera que pertenezca a las labores o ejercicio de campo, y de los relativos a las ciencias, artes, comercio, industria, educación de niños o jóvenes, desempeños de ofician de cuanta y razón, y demás de iguales y semejantes clases que de ninguna manera estén reputados por propios y peculiares de los criados domésticos.

[8] Al filo de la independencia en 1821, pero recibiéndose en México: Dublán y Lozano, *Legislación*, 1876, vol. I, p. 545. La colección contiene también naturalmente la norma de referencia, la *Constitución de Cádiz*, vol. I, pp. 349-379.

La aclaración hacía falta porque todos ellos eran oficios tradicionalmente reputados como *domésticos*. La Constitución de Occidente (Sonora y Sinaloa) agrega, como se habrá observado, un par de causas de suspensión de la ciudadanía mirando a indígenas, una aplazada, la de *tener costumbre de andar vergonzosamente desnudo*, y otra inmediata, la de *negarse a prestar auxilio a las autoridades*, lo que por supuesto se refiere a agentes del Estado, comprendidos militares y eclesiásticos, frente a autoridades comunitarias en los territorios indígenas. Es un caso en el que puede ahora sumariamente suspenderse toda garantía de ciudadanía. Su alcance no sólo era estatal.[9]

A tal último efecto, en realidad primario, la misma Constitución de los Estados Unidos Mexicanos ya había adoptado un mecanismo tomado de la federación vecina norteña, no de España. Equivale al de misiones de la Constitución de Cádiz, pero ya sin su carácter eclesiástico. Me refiero a la distinción entre *Territorio* y *Estado*, aplicándose lo primero a zonas dominadas por indígenas y lo segundo a las controladas por el sector no indígena y suponiendo, para el Territorio, una supeditación directa a las instituciones federales, y para el Estado, una autonomía constitucional, que se decía libertad y soberanía, para dotarse de instituciones políticas y judiciales propias. Igual que con las misiones en Cádiz, la condición *territorial* se entiende como transitoria en tanto que no se lograse el control criollo. Todo esto se encerraba en un artículo de la Constitución federal de 1824 que ofrece la falsa apariencia de reducirse al trazado de un mapa interno compuesto por piezas de diversa denominación:

> Art. 5. Las partes de esta federación son los estados y territorios siguientes: el estado de las Chiapas, el de Chihuahua, el de Coahuila y Texas, el de Durango, el de Guanaxuato, el de México, el de Michoacán, el de Nuevo León, el de Oaxaca, el de Puebla de los Ángeles, el de Querétaro, el de San Luis Potosí, el de Sonora y Sinaloa, el de Tabasco, el de las Tamaulipas, el de Veracruz, el de Xalisco, el de Yucatán y el de los Zacatecas: el territorio de la alta California, el de la baja California, el de Colima, y el de Santa Fe de Nuevo México. Una ley constitucional fijará el carácter de Tlaxcala.

[9] En los índices de materias de los diversos volúmenes de Dublán y Lozano, *Legislación*, 1876, el primero registra el concepto de *Indios*, tratándose fundamentalmente de entradas gaditanas, mientras que el del volumen segundo ya lo cualifica: *Indios bárbaros*.

Por la entidad institucional y territorial de su autogobierno en el corazón de Nueva España, Tlaxcala era el mejor candidato para constituir un Estado caracterizadamente indígena en el seno de México, pero un decreto vino a continuación a declararla, sin más trámite ni motivación, Territorio federal.[10] La distinción entre *Territorio* y *Estado* era realmente clave por cuanto implicaba. Que se produjera en la propia sede de la norma constitucional confería sentido a otro pronunciamiento de la misma tomado de la Constitución de Estados Unidos en traducción literal y que por las latitudes vecinas resultaba en cambio de un alcance todavía incierto. He aquí dicho pasaje constitucional en su doble versión, la original estadounidense de 1787 y la adoptada por México en 1824: "Art. 1. Sec. 8. The Congress shall have the power: [...] 3. To regulate commerce with foreign nations, and among the several states and with the Indian tribes". " Art. 50. Las facultades esclusivas del congreso general son las siguientes: [...] XI. Arreglar el comercio con las naciones estrangeras, y entre los diferentes estados de la federación y tribus de los indios".

En Estados Unidos el régimen *territorial* y la identificación de los *Territorios* no figuraba en la Constitución, sino que desde el mismo año de origen de ésta, 1787, se fueron definiendo aquél y determinando aquellos mediante legislación ordinaria. La Constitución mexicana los identificaba y así además implícitamente asumía el régimen territorial ya suficientemente definido por el modelo vecino. Con esto, dicha distinción de las *tribus de los indios* como tercer género entre *las naciones estrangeras* y *los estados de la federación* cobraba el sentido de referirse a la población indígena de los Territorios conforme al régimen de su sometimiento a los poderes federales para colonizárseles. Como los mismos no se habían constitucionalizado en su caso, otras interpretaciones cabían en Estados Unidos. Y se daban, como fundamentalmente la de que las *Indian Tribes* eran *Indian Nations* en una posición intermedia entre los Estados extranjeros y los Estados federados como cuerpos políticos con territorios y gobiernos propios en zonas que Estados Unidos consideraban de colonización y a la que entonces procedían mediante tratados entre *Nation*, la de esa Unión, y *Nations*, las indígenas (a esto último habré de volver pronto).

A los pocos años de aquella Constitución de México, pues sería en la década de los treinta, pero sin ninguna influencia de parte suya (el interrogante judicial estadounidense sobre la ciudadanía vecina es posterior), la Corte Federal

[10] Dublán y Lozano, *Legislación*, 1876, vol. I, p. 744.

Suprema de Estados Unidos vino a un entendimiento similar al mexicano, sólo similar, que es el que ya se mantendría. No fue en el sentido de la ciudadanía en común, sino en el de la tutela más franca. Las *Indian Tribes* vinieron a definirse jurisprudencialmente con base en dicho artículo de la Constitución, por difícil que ello pueda parecernos, como *domestic independent nations*, naciones a un tiempo independientes, como los Estados extranjeros, y domésticas, como los Estados federados. O no exactamente lo uno ni lo otro, pues lo de *doméstico* se predicaba también y sobre todo en el sentido de un derecho de familia que les sometía a un pupilaje cuya facultad de tutela de carácter discrecional, sin posibilidad de derechos ni garantías constitucionales para las *Indian Nations*, le correspondía a Estados Unidos. Era el régimen ya así, no menos francamente, aplicado en los tiempos de *Spanish Dominion*, pero ahora plenamente recuperado, por rocambolesco que nos pueda parecer, en los del constitucionalismo. Aunque otra cosa pretenda luego la misma Corte Suprema de Estados Unidos como ya nos consta, tal cosa no ocurre en México. Todo esto ha dado y sigue aún dando lugar a las representaciones historiográficas a mi entender más peregrinas que ahora no quiero que nos entretengan.[11]

Las ciudadanías vecinas, la mexicana y la estadounidense, se configuran sobre un fondo común de naturaleza supremacista, más abiertamente racista en el caso de Estados Unidos, pero con relevantes diferencias ulteriores no sólo de forma o mera apariencia. Pongámonos en el caso excepcional, pero nada extraordinario por entonces a un lado y otro de la frontera, de la comisión de genocidios flagrantes. Cuando Estados Unidos masacraba, inmolaba gentes, para su propio concepto, no ciudadanas tuteladas. Cuando lo hacía México, sacrificaba conciudadanas en estado que consideraba de suspensión de la ciudadanía. La diferencia no era desde luego de fondo. Para las víctimas no había por supuesto ninguna en absoluto.

Volvamos al ejemplo del primero en comparecer entre los Estados, bien que por mor del orden alfabético, en el artículo quinto, el que les distingue de los *Territorios*, de la primera Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Es el de Chiapas, un caso tan mayoritariamente indígena que puede extrañar su inclusión entonces entre los Estados, pero sus localidades principales, no el entero territorio, estaban dominadas por una minoría ladina que se había escindido de Guatemala para garantizar su autonomía en México. Obsérvese

[11] Clavero, "Ignorancia", 2007.

lo que se añade a Cádiz en cuanto a la organización política interna. Los prefectos y subprefectos delegados del gobierno estatal pueden "reunir las funciones de los alcaldes constitucionales acumulativamente con éstos", esto es, suspender la autonomía municipal, la indígena. Aquella Constitución chiapaneca circuló acompañada de un Manifiesto que se sintió en la necesidad de explicar ese paso concreto de las competencias de las prefecturas alegando como motivo de fondo el del prejuicio puramente racista:

> Si dejó [el Congreso Constituyente] un sendero para que algún día pudiesen acumularse las funciones de los alcaldes constitucionales con las de los gefes políticos, le compulsaron a esta medida la multitud de indígenas que componen el estado, y que de otra suerte quedaría abandonada en manos de la indolencia, y espuesta a los vicios consiguientes.

Gefes políticos es lenguaje gaditano mientras que la denominación definitiva, la de *prefectos*, era de procedencia francesa. Es otro indicio, si hiciera falta, de que aquellas constituciones de los Estados federados se compusieron efectivamente sobre el texto de Cádiz. Lo que importa es la música, por supuesto, no sólo la letra. Una clave del constitucionalismo gaditano como fuera el derecho indígena a la autonomía municipal se cortocircuita radicalmente en Chiapas. No fue el único caso, sino la tendencia general. Las fórmulas serían variadas, incluyéndose la del simple mantenimiento de las *repúblicas de indios* al margen de las constituciones bajo la dependencia así más discrecional o arbitraria de los poderes del Estado. Mírese cómo la Constitución de Coahuila y Texas apunta más matizadamente en la dirección de una subordinación del Municipio al Congreso en una medida desde luego superior a la que Cádiz podría haber admitido. Los propios matices no se entienden cabalmente si no se relacionan, pues de ahí procede lo que se retoca, con aquella Constitución española.

Las constituciones no revelan por supuesto toda la historia interesante a la ciudadanía de aquellos agitados años. El tercer hemisferio gaditano era ahora desde luego, dado el diseño competencial, asunto de los Estados, pero empezaron a pujar iniciativas federales de abolición de la esclavitud ante la renuencia a emprenderla incluso en casos en que se anunciaba por las propias constituciones estatales. Es una cuestión muy presente en el impulso de Texas hacia una independencia no sólo de Coahuila, sino de México entero. Irónicamente la

Constitución coahuiltejana figuraba entre las que tenían programada una abolición gradual. No se mantuvo el programa. Si se procede a la lectura de la primera Constitución de Texas independiente, la de 1836, se encontrará una construcción de la ciudadanía tan francamente racista, de cara tanto respecto a indígenas como a afroamericanos, que no admite parangón ya no digo con México, sino ni siquiera con los Estados Unidos del norte, aun compartiendo con éstos la posición de fondo. Véase:[12]

> *Texas Constitution* (1836):
> Sec. 6. All free white persons who shall emigrate to this Republic, and who shall, after a residence of six months, make oath before some competent authority that he intends to reside permanently in the same, and shall swear to support this Constitution, and that he will bear true allegiance to the Republic of Texas, shall be entitled to all the privileges of citizenship.
>
> Sec. 9. All persons of color who were slaves for life previous to their emigration to Texas, and who are now held in bondage, shall remain in the like state of servitude [...]. No free person of African descent, either in whole or in part, shall be permitted to reside permanently in the Republic, without the consent of Congress [...].
>
> Sec. 10. All persons, Africans, the descendants of Africans, and Indians excepted, who were residing in Texas on the day of the Declaration of Independence, shall be considered citizens of the Republic, and entitled to all the privileges of such [...].

5. CONTRABANDO CON ESTADOS UNIDOS: LAS CIUDADANÍAS ZANJADAS

Unos territorios teóricamente mexicanos y en buena parte, si no faltamos a la evidencia histórica, indígenas, se prestaban a la transferencia a Estados Unidos o, aunque no estuviesen tan dispuestos, acabarían sufriendo la presión expansionista por parte de éstos. Ya tenemos aquí la constancia de que el tráfico se incrementaría hasta afectar prácticamente a la mitad o poco menos del México teórico. Ocurriría a mediados de siglo, cuando ya no operaba el constituciona-

[12] Para las primeras constituciones del primer federalismo mexicano utilizo naturalmente la recopilación de Galván, *Colección*, 1988 [1828]. Las constituciones de Texas, la de 1824 en doble versión, la inglesa también de la época, se tienen en el sitio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas: <http://tarlton.law.utexas.edu/constitutions>.

lismo federal cuya ciudadanía derivaba del planteamiento gaditano, pero cuando aún se mantenía viva en México esta noción ciudadana. Era tan sólo su práctica la que se encontraba en suspenso. Aquella constancia de la transferencia finalmente masiva se llama Guadalupe-Hidalgo. Se ocupa de ciudadanía de una forma que sigue guardando relación con la Constitución de Cádiz, misma que así, mediante el Tratado, se introduce en el constitucionalismo estadounidense. Lo hizo con el efecto que habría de producir la extrañeza y la perplejidad de la Corte Federal Suprema de Estados Unidos de América.

Observemos en directo cómo Guadalupe-Hidalgo aborda el asunto de la ciudadanía. A estas alturas, con los antecedentes expuestos, se necesitará menos de mi comentario. Dejemos que los textos se expliquen ante todo por sí mismos:[13]

> Art. 8. Los Mexicanos establecidos hoy en territorios pertenecientes antes a México, y que quedan para lo futuro dentro de los límites señalados por el presente Tratado a los Estados Unidos, podrán permanecer en donde ahora habitan; o trasladarse en cualquier momento a la República Mexicana, conservando en los indicados territorios los bienes que poseen, o enagenándolos y pasando su valor a donde les convenga; sin que por esto pueda exigírseles ningún género de contribución, gravamen ni impuesto. Los que prefieran permanecer en los citados territorios, podrán conservar el título y derechos de ciudadanos Mexicanos, o adquirir el título o derechos de ciudadanos de los Estados Unidos. Mas la elección entre una y otra ciudadanía deberán hacerla dentro de un año contado desde la fecha del cange de las ratificaciones de este Tratado. Y los que permanecieran en los indicados territorios después de transcurrido el año, sin haber declarado su intención de retener el carácter de Mexicanos, se considerará que han elegido ser ciudadanos de los Estados Unidos [...].
>
> Art. 9. Los Mexicanos que en los territorios antedichos no conserven la categoría de ciudadanos de la República Mexicana según lo estipulado en el precedente artículo, serán incorporados en la Unión de los Estados Unidos, y se admitirán lo más pronto posible conforme a los principios de su Constitución federal al goce de la plenitud de derechos de ciudadanos de dichos Estados Unidos [...].

[13] Facsímil del texto original en su versión manuscrita castellana se tiene en el *Portal de Cultura Chicana*: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=12417&portal=107>. En el sitio de la Universidad de Yale *Avalon Project: Documents on Law, History and Diplomacy* puede encontrarse fácilmente la versión en inglés: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/guadhida.asp>.

> Art. 11. En atención de que en una gran parte de los territorios que por el presente Tratado van a quedar para lo futuro dentro de los límites de los Estados Unidos, se haya actualmente ocupada por tribus salvages que han de estar en adelante bajo la exclusiva autoridad de los Estados Unidos, y cuyas incursiones sobre los distritos mexicanos serían en extremos perjudiciales; está solemnemente convenido que el mismo Gobierno contendrá las indicadas incursiones por medio de la fuerza, siempre que así sea necesario [...]. Con el objeto de dar a estas estipulaciones la mayor fuerza posible, y afianzar al mismo tiempo la seguridad y las reparaciones que exige el verdadero espíritu e intención con que se han ejecutado, el Gobierno de los Estados Unidos dictará sin inútiles dilaciones, ahora en lo de adelante, las leyes que requiera la naturaleza del asunto y vigilará siempre sobre su ejecución. Finalmente el Gobierno de los mismos Estados Unidos tendrá muy presente la santidad de esta obligación, siempre que tenga que desalojar a los indios de cualquier punto de los indicados territorios, o que establecer en él a ciudadanos suyos; y cuidará muy especialmente de que no se ponga a los Indios que ocupaban antes aquel punto, en necesidad de buscar nuevos hogares por medio de las incursiones sobre los distritos mexicanos, que el Gobierno de los Estados Unidos se ha comprometido solemnemente a reprimir.

Difícil decir con mayor claridad todo esto, inclusive, al final del artículo undécimo, la previsión de lo que luego se llamaría genocidio. Claras son por su parte las disposiciones sobre ciudadanía. *Y los que permanecieran en los indicados territorios después de transcurrido el año, sin haber declarado su intención de retener el carácter de Mexicanos, se considerará que han elegido ser ciudadanos de los Estados Unidos.* He aquí la cláusula clave. La versión estadounidense era igual de inequívoca, enfatizando algo más si caso la presunción del deseo y la elección de ser estadounidenses: *And those who shall remain in the said territories after the expiration of that year, without having declared their intention to retain the character of Mexicans, shall be considered to have elected to become citizens of the United States.*

Como en Estados Unidos no cabía la ciudadanía de indígenas que mantuvieran una identidad distinta de vida en sus propias comunidades, ni siquiera parece que se hiciera la previsión de que por dicha vía podría introducirse eso mismo, la ciudadanía estadounidense de indígenas. Indígenas probadamente no interesados en ser ni españoles ni mexicanos ni estadounidenses y que no prestaron su consentimiento a nada de ello se encuentran así finalmente ubicados dentro de las fronteras de Estados Unidos. Por Guadalupe-Hidalgo ingresaba en Estados Unidos una ciudadanía que proviene de Cádiz. En otros

términos, sin el registro gaditano, la Corte Federal Suprema lo constataba, con las referencias pertinentes a dicho Tratado, las de los artículos que acabamos de citar más por extenso. De ese contrabando de ciudadanía indígena procedía la cuestión judicial sobre los *Pueblo Indians*.

Pues estaban asentados en ciudades-Estado gozando de autogobierno, con ellos, con los llamados *Pueblos*, no iba la excepción que se aplicaba a las que se calificaban de *tribus salvages*, *savage tribes*, respecto a las cuales venía a acordarse entre México y Estados Unidos un régimen de nuevo similar, por formas bien distintas, al de las misiones de Cádiz. La postura extensiva y acogedora de ciudadanía conoce un límite. Como antes *los indios infieles*, ahora las *tribus salvages* no disponen de ninguna garantía para los Estados que los incorporan sin contar con su consentimiento. Pueden ser objeto de políticas, como antes de *conversión* y todo lo que esto implicaba de asalto al territorio y ataque a la cultura, ahora más expeditas de invasión, desplazamiento y, en último término, genocidio. Todo esto queda acordado por México y Estados Unidos. Reléanse los artículos de Guadalupe-Hidalgo recién reproducidos.

¿Qué cuestión de ciudadanía iba a caber entonces, respecto a *tribus salvages*, por uno ni por otro Estado, el mexicano o el estadounidense? Alguna de hecho cabía, pero la indígena correspondiente en cada caso, pues también existía, no la de México ni la de Estados Unidos, sino la de las ciudades-Estado de los llamados *Pueblos* o también, por añadir otro ejemplo, la ciudadanía de Diné Bikeya, la navajo. Ahí se encontraban, con sus propios territorios y gobiernos, las *Indian Nations*, las Naciones *indias* que se resistían y en parte bien activamente. Con respecto a las *tribus salvages*, a indígenas que se resistían, hubo más, bastante más, que las previsiones beligerantes de Guadalupe-Hidalgo. Significativamente, tras la firma de Guadalupe-Hidalgo con México, Estados Unidos procuró firmar tratados con las *savage tribes* bajo la amenaza de dichas previsiones beligerantes, a fin de recabar su consentimiento para el avance de fronteras. No parecía bastar el suscrito con México. Aunque la jurisprudencia de la Corte Federal Suprema ya había marcado otra línea, se tenía que seguir recurriendo a tratados entre *Nation*, Estados Unidos, y *Nations*, las indígenas.

Ciudadanía de Naciones indígenas existía desde antes de Cádiz por supuesto, así como también se practicaba desde tiempos la política de tratados cuando no se lograba el sometimiento. Según la versión castellana de uno de 1793, "las Naciones Española, Chicachá, Creek Talapuche y Alibamón, y Chactá", *Naciones* todas y cada una, se integraban en una confederación con la

preocupación inmediata de que se "arreglen y convengan con los Estados Americanos, los límites de cada una", con Estados Unidos se entiende, para asegurarse cada *Nación* su correspondiente espacio. Un Tratado para el trazado de las fronteras se negocia y suscribe efectivamente a continuación, en 1795, entre España y Estados Unidos, teniendo a la vista pero ignorando el contenido de aquel anterior como de otros varios, tanto de la una como de los otros, con *Naciones* indígenas. En ese bilateral entre Estados de 1795 se habla de *sus indios*, los de una parte o la otra, de España o de Estados Unidos (*his Indians*, dice la versión inglesa, los del rey hispano así de personalizadamente), sobre la base de que la respectiva frontera se traza de forma contigua sin dejarse espacio propio para las otras *Naciones*, las indígenas. Aunque también se acordó por España y Estados Unidos que procurarían evitarlos, hubo más tratados a diversas bandas, no sólo entre los Estados con esa marcada tendencia, tan características de ellos pues no de las otras *Naciones*, a tomarlos a beneficio de inventario.

Apréciese entonces lo que podía implicar la configuración gaditana de la ciudadanía común sin consentimiento indígena. Con él, con consentimiento, existían tratados que así se violaban por el planteamiento constitucional. Lo propio puede decirse por supuesto del constitucionalismo federal mexicano. Ni siquiera como entidades federadas preveía la incorporación de ciudadanías indígenas como tales y no refundidas. Todo lo contrario es lo que se proyectaba. Allí donde dominaban o podían hacerlo tales otras ciudadanías distintas se aplicaba la fórmula de *Territorio* para cancelar la posibilidad. Estado federado sólo podía constituirse bajo dominio criollo. Los tratados, a los que también se recurrió por parte de México, se interferían desde luego con las constituciones, pero el planteamiento de éstas, cuando se contraían con indígenas, se caracterizaba por hacer abstracción y no tomarlos en absoluto en cuenta. Las constituciones se planteaban bajo los supuestos de una ciudadanía excluyente incluso cuando, como en el caso gaditano con su continuidad mexicana, se hacía en términos expresamente incluyentes. Lo que fallaba en el fondo era el consentimiento.[14]

Las interferencias pudieron llegar a registrarse en las constituciones cuando los tratados se efectuaban entre Estados sin participación indígena. Esto ocurre precisamente con Guadalupe-Hidalgo. Obsérvese cómo se define la ciudadanía por parte de la primera Constitución de California, que fuera inmediata. El

[14] Clavero, *Tratados*, 2005 (con los Tratados referidos en apéndice).

Tratado se registra y hasta aplica, pero con el propósito de burlársele resueltamente en lo que atañe a indígenas:[15]

> *California Constitution* (1849):
> Art. II. Right of Suffrage. Sec. 1. Every white male citizen of the United States, and every white male citizen of Mexico, who shall have elected to become a citizen of the United States, under the treaty of peace exchanged and ratified at Queretaro [...], shall be entitled to vote at all elections which are now or hereafter may be authorized by law. Provided that nothing herein contained shall be construed to prevent the Legislature, by a two-thirds concurrent votes, from admitting to the right of suffrage Indians, or the descendants of Indians, in such special cases as such a proportion of the legislative body may deem just and proper.

Querétaro es Guadalupe-Hidalgo, quiero decir el Tratado, no los lugares por supuesto. En su virtud se admite a la ciudadanía californiana a *every white male citizen of Mexico*, a los ciudadanos mexicanos que fueran, además de varones, *blancos*. Constaba que las previsiones del Tratado podían alcanzar también a indígenas, por lo que el caso se atiende. Se hace entendiéndose que para ellos no hay derecho ni propio ni adquirido por el Tratado, sino un compromiso político que se deja a la discreción del Congreso del Estado. Se atiende a continuación. Una ley ordinaria sigue en 1850 viniendo a situar a los *Indians* de California sin garantía ninguna, ya no digo ciudadana, bajo la tutela de la judicatura del Estado a efectos tanto individuales como colectivos: "The Justice of the Peace may punish the guilty chiefs or principal men by reprimand or fine, or otherwise reasonably chastise them". Lo que siguió fue un flagrante genocidio.

Lo que no se había recuperado por México después que Cádiz lo hubiera condicionado y limitado, el mecanismo de la tutela para el cortocircuito de la ciudadanía, se restablece plenamente en territorio que había sido español y mexicano precisamente cuando el mismo se incorpora a Estados Unidos. La Corte Federal Suprema no actuaba sobre el vacío ni estaba sola. Tampoco las respectivas historias constitucionales de México y Estados Unidos transcurrían completamente por separado. Para conocérseles, pues se entrelazaban entonces, conviene relacionarlas hoy.

[15] *Ibid.*, y *Freedom's*, 2005. La Constitución puede verse en el sitio oficial de los archivos del Estado de California, la estadounidense: <http://www.sos.ca.gov/archives/collections/1849>.

6. LLAMAMIENTO CONSTITUCIONAL

Aquella historia de una ciudadanía que arranca con la Constitución de Cádiz no se agota en la primera mitad del siglo XIX. ¿Se quiere un indicio de la ulterior continuidad? Sea siempre constitucional. Tras recuperar a unos efectos operativos, pues a otros no había desaparecido, una ciudadanía en común entre no indígenas e indígenas con verdadero énfasis además en los derechos compartidos, la Constitución de 1857, la más decisiva en aquel siglo para la institucionalización de México, procede a ofrecer una vía de continuidad a la exclusión y así también, más implícitamente, a la segregación. Tras contraer las competencias de los Estados federados al interior de las fronteras mexicanas introduce una excepción de orden plenamente internacional. Las tenían para suscribir tratados con Estados extranjeros siempre que fuera para hacer *guerra a los bárbaros*. El lenguaje importa. Desde los yaquis en Sonora a la diversidad de mayas en Yucatán, ésos a quienes se les podía constitucionalmente hacer *guerra* por reputarse *bárbaros* podían ser perfectamente *ciudadanos* para la Constitución misma. Si esto cabía, tratamientos de segregación menos brutales de la ciudadanía más caracterizadamente indígena eran más factibles todavía. No estamos tan lejos de Cádiz, esto es de la fase constitucional del colonialismo español.

De sobra me consta que la visión que acabo de ofrecer no es la habitual en absoluto de la historiografía y, aún menos, de la constitucional. Pone ésta un acento mucho mayor en los derechos ciudadanos que en la configuración de la ciudadanía. Sobre todo cuando se llega a 1857, dicho otro tratamiento reconozco que hace más justicia al constitucionalismo mexicano. Pero el problema entiendo que radica, no en lo que se resalta, sino en lo que se posterga. Tal énfasis en los derechos ciudadanos deja perder la cuestión previa del sujeto constituyente, esto es de la propia constitución de la ciudadanía. Se tiene sobre esto último o, en realidad, primero una visión que no siempre se hace explícita. Una minoría social habría conformado y constituido históricamente la ciudadanía en beneficio por supuesto de sí misma, pero también de la sociedad entera para toda una posteridad. Precisamente porque lo que así se constituía era un sistema de derechos o libertades, encerraría desde un principio la potencialidad de participarse de un modo progresivo a otros sectores hasta alcanzar a la sociedad entera, a criollos como a indígenas, a afroamericanos como a cualquier contingente sobrevenido, la mujer finalmente también inclusive, fuera criolla, indígena, afroamericana o de otra distinta extracción.

¿No opera de raíz todo género de prejuicios en una narrativa constitucional como ésa que indudablemente predomina? Indígenas, afroamericanos, mujeres y etcétera estarían de partida aquejados de una incapacidad constituyente por sí mismos y en concurrencia con otros. Tengo para mí que dicha visión historiográfica conserva su fuerza en la misma medida en la que tales prejuicios, aun ya menos operativos a nuestras alturas, siguen vivos. Pero ésta es otra historia. Desde el principio he querido desmarcarme de la historiografía por no meterme en berenjenal tamaño. Aquí tratamos tan sólo de la ciudadanía gaditana y su continuidad mexicana. ¿Historia superada? Pues soy varón, europeo y pudiente, no me corresponde a mí la respuesta, sino a quienes pertenecen a los sectores sin capacidad constituyente reconocida.

Sólo me queda invitar, esto sí, a que se emprenda la historia constitucional con responsabilidad y en serio. El problema con la visión predominante es también el de su empobrecimiento de perspectivas. En el caso de México, entre España y Estados Unidos en el tiempo y en el espacio, se tiene una historia verdaderamente apasionante si es que se decide recuperar todas sus complejidades. A esto sí me gustaría contribuir.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Recientemente he ofrecido una reflexión historiográfica sobre la ciudadanía gaditana y su continuidad mexicana (Clavero, 2008a, pp. 49-52). Pues sintetizo trabajo propio, ya vengo remitiéndome a obra propia.

Reitero ahora las referencias que creo más significativas respecto a la cuestión básica del planteamiento y ejercicio de la ciudadanía gaditana en México para y por parte de agencia indígena: Farris (1992); Annino (1995); Escobar Ohmstede (1996); Caplan (2003). Últimamente ha subrayado la importancia del factor vecinal para la transición y el acceso a la ciudadanía en común Herzog (2006), pero sin apreciar ni indagar la determinación constituyente ni la experiencia constitucional, esto es en la forma más sencilla e inverosímil de la continuidad. Asimismo, Weber (2007), se ha ocupado de tratados, pero sin adentrarse en contenidos constituyentes ni explorar implicaciones constitucionales. Tampoco se interesan por este género de problemática, pese a su especialidad jurídica, Ferrer Muñoz y Bono López (1998). Para una exposición en cambio muy viva de la agencia indígena en términos de interactividad

obligada por el escenario crecientemente plural, Reséndez (2004). Hay por otra parte casi un género historiográfico sobre la *Nación* española y las incipientes *Naciones* latinoamericanas o los correspondientes *Estados* en tiempos de Cádiz sin interés, por difícil que pueda parecer, para la problemática de la concepción y configuración constitucionales de unas ciudadanías.

La referencia de la historia constitucional estadounidense merece a mi entender mantenerse ante la vista. Hay ahora un estudio realmente penetrante sobre el momento histórico de la adopción expresa de una política de supeditación y tutela respecto a indígenas por parte de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema en los Estados Unidos: Robertson (2005). Para la cuestión constitucional de la transferencia de territorios, bien que contemplando tan sólo aspectos internos sin entrar en relaciones entre Estados ni, aún menos, con Pueblos, Lawson y Seidman (2004). Peor todavía, Statham (2002), excluye por principio de su problemática de "constitucionalismo colonial" la expansión continental, de costa a costa, de los Estados Unidos. Sobre el punto ciego o más bien los puntos ciegos puedo remitirme a Clavero (2007a). Acerca de los genocidios aludidos, Secrest (2003); Anderson (2005); sobre la configuración historiográfica y la tipificación jurídica de estos y otros genocidios Clavero (2008b).

No hay estudios equivalentes, desde tal perspectiva, para el caso de México, caso al cabo, con conquistas extendidas entre las de Sonora al norte y las de Yucatán al sur, no tan distinto y en todo caso, como habrá podido apreciarse, cómplice. El Tratado de Guadalupe-Hidalgo está clamando por una monografía constitucional no recluida ni en México ni en los Estados Unidos y atenta también, aun ya no presente sobre el terreno, a España. El constitucionalismo mexicano gusta ciertamente de la comparación no sólo además para el presente, sino también para la historia, pero en busca, por lo que le respecta, de certidumbres más que de interrogantes. Tampoco hay para México estudios sobre el contingente afroamericano de la propia ciudadanía equiparables a los estadounidenses: Finkelman (1996); Brandon (1998); Scott (2005), ésta indagando el importante extremo de que, frente a lo que suele suponerse, la abolición de la esclavitud no implicó por regla general, ni siquiera formalmente, el acceso a libertad, por existir y mantenerse estados serviles intermedios; puede añadirse, pues toca a América e incluso a México, Clavero (2006b). Por su ulterior potencial comparativo, no deje de acudirse a un repositorio comentado: Scott, Holt, Cooper y Mcguinness (2002).

¿Sobre la mujer? Compárese también: Edwards (1997); Stanley (1998) (incluyendo los extremos de la esclavitud y del tratamiento igualmente por servil del trabajo no esclavo); VanBurkleo (2001); Schwarzenbach y Smith (2003). La conexión entre sometimiento servil y condición de la mujer se producía por un orden normativo identificado entonces como *economía*, no como derecho, de hondas raíces en la cultura europea, y que penetró también profundamente en tiempos constitucionales a todos sus efectos; era aquel mismo régimen *doméstico* que se aplica a indígenas incluso de forma expresa por algún constitucionalismo americano tras Cádiz (Clavero, 2005a). La historiografía constitucional desenfoca el asunto de los derechos ciudadanos ya por la razón de que comienza ignorando absolutamente dicha continuidad de lo que entonces se entendía como un derecho de familia y sobre cuyo mantenimiento a menudo intacto se planteaban las constituciones tanto por América como por Europa.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Arenal Fenochio, Jaime del, "Ruiz de Apodaca, 'el negro Roberto', y el artículo 22 de la Constitución de 1812 en la Nueva España", en Feliciano Barrios (ed.), *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, vol. I, 123-141.

Clavero, Bartolomé, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005.

———, *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la constitución de estados por América,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

———, "Hemisferios de ciudadanía. Constitución española en la América indígena", en *Jornada de Homenaje al Profesor Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 87-102.

———, "Ignorancia académica en España (1944) y privación indígena por América (1831)", en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios Dedicados a Mariano Peset*, Valencia, Universidad de Valencia, 2007, vol. I, 413-423.

———, "Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano", epílogo de Carlos Garriga y Marta Lorente, *Cádiz, 1812: La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, <http://www.us.es/derecho/clavero/cadiz.pdf>.

Constitution of the State of California (1849), <http://www.sos.ca.gov/archives/collections/1849/>.

Dublán, Manuel y José María Lozano (eds.), *Legislación Mexicana, o Colección Completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio, 1876, vol. I.

Galván Rivera, Mariano (ed.), *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos*, México, 1828; ed. facsímil, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988.

Hall, Frederic (ed.), *The Laws of Mexico: A Compilation and Treatise Relating to Real Property, Mines, Water Rights, Personal Rights, Contracts, and Inheritances*, San Francisco, A. L. Bancroft, 1885.

Texas Constitutions, 1824-1876, <http://tarlton.law.utexas.edu/constitutions/>.

Tratado de Guadalupe Hidalgo (1848), <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=12417&portal=107>.

Treaty of Guadalupe Hidalgo (1848), <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/guadhida.asp>.

Uitz, Renáta, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005.

United States v. Sandoval, 231 U. S. 28 (1913), <http://supreme.justia.com/us/231/28/case.html>.

PARADOJAS DEL SUJETO

Jesús Vallejo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. La amenaza de los muertos vivientes. 1.1. Los españoles en el Sexenio. 1.2. Los muertos civiles en el Trienio. 2. Heteronomía del individuo. 2.1. El universo del sufragio. 2.2. Matrimonio civil y disenso paterno. 3. Colofón.– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

1. LA AMENAZA DE LOS MUERTOS VIVIENTES

1.1. Los españoles en el Sexenio

En abril de 1869, un oscuro e indignado jurista dedicaba sus ocios a escribir una serie de artículos de prensa sobre el proyecto de Constitución que por entonces se discutía en las Cortes españolas. Se hallaba en la plena madurez de sus 44 años, llevaba más de veinte ejerciendo la abogacía, conocía las entrañas de la administración estatal por haber servido en el Tribunal de Cuentas del Reino, había puesto a prueba su vocación política con el desempeño reciente de un cargo electivo en el Ayuntamiento de una capital de provincia y no era nuevo en el mundo del periodismo. Militaba desde joven en el partido progresista, en cuyas filas y a contracorriente había soportado el predominio político moderado de las décadas centrales del siglo. Con toda coherencia, profesaba y predicaba la fe republicana durante el periodo recién abierto con la llamada Revolución Gloriosa de septiembre de 1868, que a él, como a tantos, le pareció esperanzadora. En sus convicciones y actitudes pesaba el ascendiente familiar, puesto que su padre consiguió acta de diputado durante el Trienio Liberal (1820-1823) y siguió en la política y en la administración a su vuelta del casi inevitable exilio en Inglaterra, ocupando un escaño en las Cortes desde las constituyentes de 1836-37 y una poltrona ministerial en 1843, pocos meses antes de su muerte.

Nuestro ocasional constitucionalista, Miguel Ayllón Altolaguirre, se empeñó en su tarea con una lucidez digna de su causa y merecedora de mejor memoria. Supo ver las sutiles cortapisas con las que el proyecto constitucional iba mermando los ideales revolucionarios y quiso desvelarlas para avivar y extender la oposición a un texto que consideraba nefasto. Reunió sus artículos en un libro al que puso el inequívoco título de *Examen del funesto proyecto de Constitución sometido a la deliberación de las Cortes*. Bajo su agudo escrutinio, las disposiciones del Título primero de la futura ley fundamental, relativo a los derechos, se revelaban impermeables al principio de ilegislabilidad que había venido defendiéndose en proclamas y manifiestos. Afirmaba que estaba en marcha todo un proceso de reinstauración constitucional que volvía a anclarse en la tradición de las formas políticas (la monarquía, con funciones y prerrogativas similares a las de la derrocada Isabel II), que olvidaba proclamar principios básicos (el de igualdad, por ejemplo) y que no se atrevía a proscribir lacras abominables (la esclavitud, nada menos). Con unas Cortes "omnipotentes", capaces de "imponernos la ley a medida de su placer", lo que se venía encima era la entera disponibilidad legislativa de derechos y libertades, embozada y acechante en algunos de los artículos del proyecto. Los mismos argumentos de Miguel Ayllón fueron esgrimidos semanas después, sin éxito alguno, en las Cortes por sus correligionarios republicanos durante el transcurso de unos debates cuya reconsideración historiográfica se ha mostrado recientemente muy fecunda para la comprensión de aspectos básicos del constitucionalismo decimonónico.[1]

Puede llamar la atención al lector de hoy que el vehemente autor del *Examen* prestara recurrente atención a la amenaza de la muerte civil, esto es, a las posibilidades que el proyecto abría para que llegara a disponerse por vía legislativa una privación de derechos que arrebatase al individuo "ciudadanía y personalidad social" a perpetuidad, y en tal grado, que quedase reducido a la condición de un muerto en vida.[2] Para conjurar el peligro, propugnaba Miguel Ayllón el pronunciamiento constitucional expreso, que ofrecía ya textualmente resuelto: "No pueden imponerse en los dominios españoles las penas de muerte natural, muerte civil y confiscación de bienes; pero se entenderá en suspenso el ejercicio

[1] Clavero, *Razón*, 1991; Vallejo, "Orden", 1997; Serván Reyes, *Laboratorio*, 2005.

[2] Para lo que sigue, Ayllón, *Examen*, 1869, pp. 45-46, 52-54, 72-73.

de los derechos de ciudadanía durante el tiempo marcado en pena impuesta por ejecutoria de tribunal competente".

Sólo una negación tan diáfana como ésta en el articulado impediría, según sabía hacer ver nuestro autor, que quedaran portillos abiertos al eventual establecimiento de esa muerte de derechos, de esa vida sin ciudad y sin estado, fuera del mundo civil, que tan decididamente rechazaba. Pero ningún compromiso parecido incluía el proyecto constitucional, la eficacia de cuya declaración de derechos pendía de decisiones que podrían tomarse con posterioridad a la puesta en vigor de la Constitución. Más aún: no se había previsto, en el proyecto de 1869, pronunciamiento constitucional alguno sobre "los medios de adquirir o perder perpetua o temporalmente los derechos de ciudadano". Con respecto a lo primero, la adquisición, no se le había pasado por alto a nuestro analista que el texto omitiese cualquier referencia a la edad a partir de la cual podían ejercerse los derechos de ciudadanía; era un silencio que el constitucionalista republicano denunciaba, que en efecto hubo de resolverse en la inmediata legislación de desarrollo, y que sugiere mucho sobre la misma concepción, todavía por entonces dominante y que seguiremos más adelante reconsiderando, del sujeto de derechos. Y en cuanto a la pérdida, también la previsión faltaba: Miguel Ayllón utilizaba aquí en su favor el pie que le daba el tenor literal del artículo 29 del proyecto, según el cual "será lícito todo lo que no esté expresamente prohibido por la Constitución y por las leyes"; así, ciertamente, quedaba "abierto el campo para imponer la muerte civil, que no sólo no está anatemizada, sino que ni siquiera definida en el texto fundamental". Como es sabido,[3] tal declaración de licitud de lo no prohibido desapareció en el texto definitivo de la primera norma, que la sustituyó en el artículo 29 por una manifestación del principio de supraconstitucionalidad de los derechos concebida en estos términos: "La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquiera otro no consignado expresamente". Este enunciado ya no hubiera servido a nuestro jurista a los fines de cimentar su argumento, pero lo cierto era que el texto articulado que analizaba no dejaba de brindarle asideros.

De hecho, nada menos que el novedoso inciso final del artículo 1 del proyecto, que sí se conservaría en el texto definitivo, le ofrecía incluso más sólida base para lo que pretendía remachar: "La calidad de español se adquiere, se

[3] Serván Reyes, *Laboratorio*, 2005, pp. 56-57.

conserva y se pierde con arreglo a lo que determinen las leyes", proclamaba la Constitución. Esto sí podía hacer que se llegara, según el comentarista, "al límite de la más caprichosa autocracia", poniendo en manos de los poderes públicos "el arbitrio absoluto para la muerte civil". El razonamiento era simple: si la formulación del artículo 1 implicaba la disponibilidad legislativa de la condición de español, y ésta, según cabía colegir de la misma rúbrica del Título primero (efectivamente "De los españoles y sus derechos"), era la determinante para la asignación de derechos, en realidad se estaba dejando que las Cortes decidieran y fijaran por el procedimiento legislativo ordinario las condiciones de adquisición, conservación y —sobre todo— pérdida de aquéllos. Habilitar de tal modo al poder legislativo para fijar los atributos del sujeto de derechos podía provocar los efectos más indeseables, pues sería como "si se dijera: *A pesar de lo dispuesto en los precedentes párrafos, podrá mediante una ley alterarse, modificarse o destruirse el principio que sirve de base a este artículo, determinándose según pareciere prudente, con arreglo a las circunstancias, las condiciones [de] adquisición y pérdida de la cualidad de ciudadano español*".

El argumento, basado en un pasaje tan expuesto que, paradójicamente, resulta difícil de ver, y de tan directo tenor que casi bastaba con señalarlo sin añadir glosa alguna, conservaba toda su validez en relación a la muerte civil incluso en el caso de que pudiera achacarse a su autor descuido en el uso de los términos. Y es que sobre la base del artículo 16 ("Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar en las elecciones de Senadores, Diputados a Cortes, Diputados provinciales y Concejales"), y también sobre la que ofrecían planteamientos constitucionales, normativos y doctrinales ya con bastante peso en décadas pasadas, cabía separar como categorías distintas la de los derechos civiles y la de los políticos o de ciudadanía, distinción de la que Miguel Ayllón en estos pasajes de su *Examen* se desentendía completamente. Latía, en cualquier caso, en su análisis la idea de que la condición de español era la que en el texto identificaba al titular de derechos, al menos de los civiles (o de la "personalidad social", según sus propios y expresivos términos), lo cual, además de ser coherente en el marco del constitucionalismo anterior y coetáneo, era desde luego posible a la vista del articulado en proyecto: el matiz determinante es que la de español era condición que en este contexto se definía frente a la de ciudadano, no frente a la de extranjero, pues era impronta de atribución de derechos, no de mera adscripción de nacionalidad.

Parece que esto último podía estar tan a la vista para el jurista decimonónico como oculto, a no ser que nos hagan caer en la cuenta, para quienes leemos siglo y medio después. Que la cualidad de español fuese constitucionalmente sustantiva, designando al sujeto titular de derechos, y no meramente indicativa de nación, conformando en este último sentido uno de los componentes del más tradicional y plural estado civil, era lo que podía justificar esa particular invariabilidad literal del artículo 1 en constituciones anteriores de signo diverso.[4] En efecto, en los compases iniciales de ese Sexenio Revolucionario en los que escribía Miguel Ayllón, se hacía evidente la continuidad de las definiciones constitucionales: en las leyes fundamentales de 1837, 1845 y 1869 eran españoles, según los respectivos artículos iniciales, las personas nacidas en los "dominios de España" (1837, 1845) o en "territorio español" (1869), los hijos de padre o madre españoles, los extranjeros que hubieran obtenido carta de naturaleza y los que, sin ella, hubieran ganado vecindad en cualquier pueblo "de la Monarquía" (1837, 1845) o "del territorio español" (1869). La Constitución de 1845 preveía expresamente una ley posterior para determinar los derechos de quienes llegaran a ser españoles por naturalización o vecindad. Mas, haciendo abstracción de esta singularidad, en lugar del inciso final de 1869 al que antes nos referíamos, las dos constituciones precedentes disponían la pérdida de "la calidad de español" por "adquirir naturaleza en país extranjero y por admitir empleo de otro Gobierno sin licencia del Rey".

Es claro que las citadas normas constitucionales podían dar pie a consideraciones —políticas, normativas y doctrinales en su tiempo e historiográficas en el nuestro— sobre la atribución de derechos a los extranjeros.[5] Pero la lectura de nuestro exaltado y combativo constitucionalista republicano no era una extravagancia: la persistente alusión constitucional a semejante causa de pérdida de la calidad de español se había venido leyendo, también antes de 1869 y por juristas cuya obra había alcanzado mucha mayor proyección, como indicativa de muerte civil. El *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos* que a mediados de siglo circulaba bajo autoría de tratadistas de renombre como Florencio García Goyena, Joaquín Aguirre, Juan Manuel Montalbán y José Vicente y Caravantes, señalaba de forma tan concisa como inequívoca y con expresa cita del correspondiente precepto constitucional, que "se consideran

[4] Para las citas, utilizo Rico, *Constituciones*, 1999.

[5] Por ejemplo Serván Reyes, *Laboratorio*, 2005, pp. 40- 41.

muertos civilmente [...] los que adquieren naturaleza en país estrangero, o admiten un empleo de su gobierno sin licencia del Rey", esto es, los que dejaban de ser españoles.[6]

1.2. Los muertos civiles en el Trienio

¿A qué privación de derechos conducía o podía conducir la muerte civil? ¿Cuáles eran los que se venían considerando derechos de los españoles, aquéllos cuya pérdida les convertía en muertos vivientes? Mirando hacia el pasado desde la primavera de 1869, lo primero que cabía constatar era que a asunto tan constitucional pocas respuestas habían dado las constituciones. Las de 1837 y 1845 comenzaban con sendos títulos "De los españoles", así rubricados, secamente, sin el añadido "y sus derechos" que ostentarían textos fundamentales posteriores. Y tan secos como los epígrafes eran los correspondientes articulados, dos escuetos conjuntos de once artículos, estrictamente paralelos, literalmente coincidentes en grandísima parte de su contenido (la mayor diferencia estribaba en la omisión de los jurados en 1845) y no muy expresivos en punto a derechos. Entre la inicial definición de españoles (art. 1, según sabemos) y el compromiso con la Iglesia y la religión católicas (art. 11), se intercalaban la imposición obligatoria de servicios militares y contributivos (art. 6) y la previsión de códigos uniformes (art. 4); reducido así el espacio reservado al señalamiento de derechos, no podían éstos mostrarse ni por extenso ni en detalle. El reconocimiento en todo caso abarcaba, normalmente con referencia expresa a su posterior condicionamiento legal, desde algunos de honda raigambre, como el de petición a las Cortes y al Rey (art. 3) y el de admisión a cargos públicos según mérito y capacidad (art. 5), a otros de más marcada contemporaneidad, pero, en términos generales, puede decirse que los derechos seguían contemplándose como manifestaciones diversas de la tríada clásica de libertad (específicamente la de prensa, art. 2), propiedad (art. 10) y seguridad (arts. 7 y 9, estableciéndose garantías contra actuaciones arbitrarias o abusivas por parte de los titulares de las potestades estatales), sin comprometer la del Estado (art. 8).

Poco hace a nuestro intento este conjunto de disposiciones: sin presentarse la relación de derechos como completa o abierta (¿eran sólo los que estaban?; ¿había más, tal vez no expresos?...), sin calificarse los reconocidos (¿se conside-

[6] *Febrero*, 1852, t. I, pp. 122-123.

raban políticos, o quizá genéricamente civiles?; ¿no se había recibido o no importaba esta distinción?...), y sin que se prestase atención a la condición del titular (¿era categoría única la de español?; ¿cabía pensar en alguna otra por diferencias en la atribución al sujeto de uno o más derechos?...), no hay más remedio que ampliar la búsqueda a otros textos. Todavía podemos hacerlo entre las leyes fundamentales. Tan atenta la de 1845 al precedente de 1837, y presentándose ésta en su preámbulo como revisión de la anterior de 1812, es lógico suponer que la parquedad expresiva con la que hasta ahora nos hemos encontrado pueda compensarse acudiendo a la Constitución de Cádiz, punto de referencia obligado de nuestro primer constitucionalismo. No es descabellado esperar que en el momento originario estuviese, patente y a la vista, lo que luego pudiera quedar inadvertidamente oculto, asumido sin alusión expresa, como sucede con las convicciones básicas cuya modulación o alteración no se ha pretendido con posterioridad a su formulación primera.

Lo que en la Constitución de 1812 podemos encontrar se sabe bien, y por eso lo recordaremos con brevedad. Su título primero, "De la Nación española y de los españoles", se dividía en dos capítulos: el inicial, "De la Nación española", la definía como "reunión de todos los españoles de ambos hemisferios" (art. 1) y la obligaba "a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen" (art. 4); el segundo, "De los españoles", los definía (art. 5: los hombres libres nacidos y avecindados en las Españas y sus hijos; los extranjeros mediante naturalización y vecindad prolongada; los libertos) y les señalaba obligaciones (amor de la patria, art. 6; fidelidad a la Constitución y obediencia a las leyes, art. 7; contribución a los gastos del Estado, art. 8; defensa de la patria, art. 9). En el título segundo, un capítulo "De los ciudadanos españoles" definía a éstos, a los ciudadanos, como españoles en quienes se cumplían determinadas condiciones, fundamentalmente la de traer su origen, "por ambas líneas [...] de los dominios españoles de ambos hemisferios" (art. 18); eran los ciudadanos los que participaban, mediante elecciones, en la formación de las Cortes, que eran "la reunión de todos los diputados que representan la Nación" (art. 27).

Es también poco, aunque significativo. A partir de esta pequeña serie de formulaciones sabemos que era abierta ("y los demás") la relación de derechos ("la libertad civil, la propiedad..."); que se calificaban, o al menos así se hacía con alguno de ellos (libertad *civil*); que la de español no era categoría única de titularidad de derechos, pues ahí estaban también los ciudadanos, españoles que en

su cualificado haber de sujetos contaban con el derecho de participar en los procesos electorales. Y podemos saber bastante más si, además de incluir algún que otro precepto en nuestro breve repaso, atendemos a otros colegas que nos acompañan en estas páginas y que han dirigido ya agudas miradas a este tan conocido conjunto de normas constitucionales: que la nación era cuerpo integrado por aquéllos en quienes se dieran ciertos requerimientos de estado natural o civil (sexo masculino, libertad, vecindad...), cuyos derechos eran los que la nación se comprometía a conservar y proteger;[7] que esa corporación de españoles había concebido constituirse como nación católica[8] y así lo había hecho (art. 12), integrándose dicho credo en el conjunto de requerimientos recién señalado; y que en el seno de esa nación incorporada se reconocían y ejercían potestades (la de hacer las leyes, art. 15; la de hacerlas ejecutar, art. 16; la de aplicarlas en las causas civiles y criminales, art. 17) que, incluso con su proclamada vinculación, no necesariamente excluyente, al gobierno nacional y con su atribución separada, no podían entenderse desligadas de su raíz jurisdiccional.[9]

Con todo, tampoco parece que encontremos aquí la base de los temores que se expresaran ante las carencias del proyecto constitucional de 1869. ¿Dónde quedaba la muerte civil? ¿Dónde la expresión de esos derechos de españoles cuyo elenco, apenas comenzado, se diluía en una remisión genérica? No hay respuesta directa en la Constitución, pero, aunque tengamos que salir de ella, no nos quedamos tampoco esta vez sin texto al que acudir. En 1821, durante el llamado Trienio Liberal y bajo la vigencia de la ley fundamental gaditana, una comisión de las Cortes proyectó un código civil que quedó incompleto. Que se frustrase no importa a nuestro propósito, pues nos interesan las concepciones que en él se manifestaron. Quienes lo redactaron pretendían mantenerse con toda rigidez dentro del marco constitucional. Así concibieron los comisionados el objeto de su tarea: "El *Código civil* no es otra cosa más que el desenvolvimiento de los artículos 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 16 y 17 de la Constitución".[10] Son casi todos los que hemos destacado en los dos párrafos anteriores, y los que en efecto ordenaban la estructura de aquel intento de código. Se quiso que éste lo fuera "de los derechos y de las obligaciones", y esta

[7] Clavero, "Cádiz", 2000, pp. 88-108.

[8] Portillo, *Revolución*, 2000.

[9] Martínez, "Ley", 2002, "Juzgar", 2006; Clavero, *Orden*, 2007, pp. 124- 132.

[10] *Proyecto*, 1821, que es la edición que sigo. La definición, en el "Discurso preliminar", p. 17. El texto del *Proyecto* es también accesible al lector en Lasso, *Crónica*, 1970, vol. II, pp. 7-71.

determinación se reiteró tanto en los epígrafes de las dos partes en que se dividió su texto como en los de los libros, títulos y capítulos que las integraban.

Los redactores del proyecto se enfrentaron abiertamente a los problemas que nos ocupan. En el "Discurso preliminar" resolvieron de este modo la calificación de los derechos:[11]

> La ley crea los derechos e impone las obligaciones. Los derechos y las obligaciones que dimanan inmediatamente de la ley fundamental se llaman *políticos*, y se hallan marcados en la misma. [...] Hay otra clase de derechos que emanan de la ley fundamental para el bienestar individual de cuantos componen el estado mismo, y que podrán llamarse *civiles*. El artículo 4.º los enumera así: "libertad civil, propiedad y demás derechos legítimos". La Comisión se consideró obligada a expresar en grande la índole, extensión y duración de estos derechos, para tener una base segura sobre la cual pudiese en las restantes partes del Código llevar a debido cumplimiento lo ofrecido en dicho artículo 4.º; a saber, "que se protegerían con leyes sabias y justas los derechos expresados".

No sólo la libertad era civil, sino que también lo eran la propiedad "y demás derechos legítimos", todos aquellos que el artículo 4 de la Constitución consideraba propios de los integrantes de la nación, de los españoles. El código prometía "expresar en grande" tales derechos. Y comenzaba a hacerlo en lugar destacado, en el artículo 34, primero del título primero ("De la naturaleza de los derechos y de las obligaciones") del libro primero ("De los derechos y obligaciones de los españoles en general") de la parte primera ("De los derechos y de las obligaciones individuales"):

> Art. 34. La *libertad civil*, la *propiedad*, la *seguridad individual*, y la *igualdad legal* componen los principales derechos *legítimos* de los españoles.
>
> Los derechos *políticos* de los españoles como ciudadanos se hallan determinados por la Constitución.

Salta a la vista hasta qué punto se quiso evidenciar, incluso con esa proliferación de cursivas, el entronque de este artículo con su precedente constitucional, enriqueciendo el artículo 4 de la ley fundamental gaditana. Es obvio

[11] *Proyecto*, 1821, pp. 17-18.

también que la partición en especies diversas de derechos que pretendía reflejar el artículo 34 debía ponerse en relación con las categorías, también diversas, de español y de ciudadano, cualificada la segunda respecto de la primera. Los derechos políticos eran los de los ciudadanos, y quedaban al margen del código por tener su terreno de regulación propio en la misma Constitución. Los derechos civiles, los de los españoles integrantes de la nación, eran los que incumbían al código.

El articulado del proyecto los iba enumerando y definiendo. La libertad (art. 40), derecho del individuo miembro de la nación tanto como condición necesaria para serlo, entendida como "propiedad personal" y comprensiva, entre otros, del derecho a la vida, a hacer lo no prohibido, a la manifestación del pensamiento...; la propiedad (art. 42), insistiéndose en la disposición libre de las cosas; la seguridad individual (art. 49), como protección de persona, honor y bienes; la igualdad legal (art. 51), cifrada en cuanto a las obligaciones en su cumplimiento, y reconocida en cuanto a derechos no en la titularidad, sino en la reclamación. Finalmente, el artículo que cerraba el capítulo cuya rúbrica era la cláusula de remisión general del artículo 4 de la Constitución ("De los demás derechos legítimos", capítulo III del título I), redondeaba la enumeración, nunca exhaustiva:

> Art. 52. Son en general derechos legítimos todos aquellos que dimanan de autorización de la ley; como el ejercicio de la potestad patria, de la tutela y otros semejantes; los que habilitan para ejercer cargos públicos, o para otros actos civiles, como testar, contratar, comparecer en juicio, adquirir o transmitir bajo las ampliaciones o modificaciones que prescribe la ley.

Los que se agrupaban en este artículo, más los que se contemplaban en los artículos 40 y siguientes, más otros no expresos, eran los derechos que podían perderse por muerte civil, que el proyecto efectivamente preveía como consecuencia posible de condena. En el mismo libro primero de la parte primera, el capítulo I ("De la pérdida de los derechos civiles por delito") del título III ("De la pérdida, suspensión o preservación de los derechos") comenzaba de este modo:

> Art. 81. Los derechos civiles en general se pierden por la muerte *civil* desde que la sentencia causó ejecutoria, según el Código de procedimientos criminales [...].

Así, con la calificación en cursiva y con puntual remisión técnica a código distinto,[12] estaba previsto que reapareciera la muerte civil en el ordenamiento español contemporáneo. Además de su definición en el proyecto de Código civil, su régimen se completó en el Código penal de 1822, donde inevitablemente hubo de ser contemplada.[13] Debió de pesar el precedente de una muerte civil castellana prácticamente desactivada desde el siglo anterior y aún presente en la Novísima Recopilación,[14] pero el contexto en el que había de situarse la vetusta institución de origen romano había de darle nuevos perfiles.

Los tenía, y de la índole precisamente que podía preocupar, andando el siglo, a un comprometido republicano ante un proyecto constitucional de tenor equívoco. Pudiera o no volver a ocurrir en 1869, lo que sucedía en 1821 era que el Código civil del que se pretendía dotar la nación, esto es, una de las principales de entre aquellas "leyes sabias y justas" con las cuales debía proteger y conservar los derechos legítimos —no menos constitucionales por ser civiles— de los españoles, preveía su posible supresión, tan drástica que podía equipararse a la pérdida de la misma vida, y es que no renunciaron los redactores del proyecto a explicitar el modelo con respecto al cual se había ido construyendo históricamente la muerte civil: "La pérdida de los derechos civiles en el caso del artículo anterior produce los mismos efectos que la muerte natural para el traspaso de las cosas, cesación de la tutela o curaduría, disolución de la potestad patria y otros actos semejantes" (art. 82).

Sin embargo, tal vez también por el peso del señalado precedente castellano, que registraba una notable suavización del régimen jurídico de la muerte civil desde época tardomedieval, el artículo 81 preveía excepciones. Esto era lo que seguía al párrafo más arriba transcrito:

> Art. 81. [...]
>
> Se exceptúan los derechos individuales.
>
> La ley declara derecho individual: 1º el de ser alimentado por el cónyuge, por los hijos o sucesores: 2º el de la propiedad del trabajo que permitan las horas y la naturaleza de la condena: 3º el de la libertad individual y consiguientes reclama-

[12] Sobre el coetáneo proyecto de Código procesal criminal, véase Lasso (con la colaboración de), *Crónica*, 1975, pp. 29-54.

[13] *Código*, 1822. Puede consultarse también en Lasso, *Crónica*, vol. II, pp. 7-133. Interesan sobre todo los arts. 47, 50, 52 y 53.

[14] Vallejo, "Vida", 2004,

ciones que permita la naturaleza de la condena: 4.º el de la disposición de sus bienes anteriores por causa de muerte dentro del término que señala la ley: 5.º el de igual disposición de la propiedad que adquiriese según el caso 2.º de este artículo.

¿Qué eran, en términos que fuesen más allá de los meramente descriptivos, estos "derechos individuales"? Las categorías ya definidas de derechos civiles y derechos políticos parecían cubrir todo el espectro de derechos que podían reconocer y garantizar las normas constitucionales y legales. No es que no pudiese caber en un ordenamiento así definido la denominación "derecho individual", sobre todo cuando tenía tal carácter, individual y no colectivo, la atribución de las dos especies de derechos establecidas. Lo que no cabía en modo alguno era un tercer género de derechos, habida cuenta del planteamiento al que respondía el proyecto de código en conexión con la misma Constitución. La redacción del artículo venía a mostrarlo, desde luego: los derechos individuales que aquí aparecían eran derechos civiles, un subconjunto de los mismos que podía exceptuarse de la regla general establecida en el primer párrafo.

Pero la calificación que se dio a tales derechos es reveladora. Tradicionalmente, en la sociedad corporativa preconstitucional, la muerte civil se había concebido como una institución que expulsaba al civilmente difunto del *corpus* al que perteneciese, operando así la amputación de un miembro del cuerpo social. El ser humano individual tenía consideración para el derecho no como individuo aislado, sino en la medida en que formase parte de los *corpora* que constituían y articulaban el universo social del Antiguo Régimen; ser excluido de ellos equivalía a dejar de ser o existir para el derecho, asimilándose tal situación a la muerte. En 1821, un cuerpo de nación integrado por españoles, titulares de derechos civiles, pretendió dotarse del instrumento institucional preciso para operar exclusiones similares mediante una privación de derechos civiles que significaba la de la condición de español, resultando de ello la radical individualidad del excluido.

Las consecuencias son dignas de ser destacadas: si esa radical individualidad recibía desde el derecho similar valoración a la que la misma muerte merecía, ¿era ésta entonces la consideración de quienes estaban al margen del cuerpo de nación no por haber sido expulsados de él, sino por no haber ni siquiera entrado? Recuérdense los condicionantes de estado requeridos para que alguien fuese considerado español (art. 5 de la Constitución de 1812, con su a estos efectos complementario art. 12) y viese así conservados y protegidos sus derechos legítimos. Los individuos que deambulasen por aquella España constitucional y

bihemisférica sin tales requerimientos de estado, ¿se equiparaban entonces a los muertos civiles? Era ésta la condición del esclavo, claro está, paradigma plurisecular del muerto civil; pero para ser español no sólo se precisaba ser libre.

Y aún más: si la radical individualidad, esto es, el disfrute de un insoslayable mínimo de derechos, equivalía a la muerte, ¿no hemos de deducir que el mundo de los vivos no era un mundo de seres radicalmente individuales? El muerto civil, en la codificación proyectada en el Trienio, no era quien carecía de derechos civiles, sino quien sólo los tenía individuales. Los párrafos segundo y tercero del artículo 81 antes transcrito, y también las previsiones del Código penal al que más arriba hicimos referencia, definían un nivel mínimo de reconocimiento jurídico que suponía para el muerto civil una dependencia de subsistencia (derecho de alimentos), un trabajo de cuyos frutos, a los mismos efectos, se apropiaba, y una libertad también mínima de movimientos; el muerto podía comenzar su muerte con un cierto patrimonio propio, y terminarla con disposiciones sucesorias. Perdida la patria potestad y la tutela, y el resto de derechos civiles, los derechos individuales eran los que correspondían al individuo del que no dependía nadie, al individuo en el más estricto sentido del término, a la unidad última del orden social.

La muerte civil es institución marginal que se sitúa en los límites del ordenamiento, atendiendo a situaciones extremas. Y por ello, paradójicamente, puede contribuir a definirlo con mayor precisión que instituciones más centrales. Al contemplar la configuración de la muerte civil en el seno de cualquier ordenamiento, estamos atendiendo, en sentido negativo, a lo que tal ordenamiento entiende relevante para considerar que alguien está jurídicamente vivo o, visto desde otro ángulo, a lo que se considera determinante desde el punto de vista jurídico para que alguien, por carecer de ello, pueda asimilarse a un muerto. En la contemporaneidad que observa la eclosión del sujeto individual, podríamos haber esperado que la institución de la muerte civil funcionase de otro modo. Si los derechos civiles eran aquellos cuya negación evocaba la idea de la muerte, habían de situarse en el nivel más básico de reconocimiento individual desde el punto de vista jurídico. Sin otros derechos, como los políticos o de ciudadanía, el individuo era persona civil, aun disminuida o con capacidades limitadas. Sin derechos civiles, el individuo nada había de ser para el derecho.

Y sin embargo sí lo era. ¿Por qué? Una posible solución al enigma es ésta: la persona civil no era individual. O más exactamente: no se concebía en los términos de estricta individualidad en los que, cuando nos asomamos a la historia constitucional, solemos considerarla.

2. HETERONOMÍA DEL INDIVIDUO

2.1. El universo del sufragio

La conclusión a la que acabamos de llegar nos obliga a cambiar de enfoque. Lo que hemos de buscar ahora no son los predicados, esto es, los derechos, sino el sujeto, esto es, el titular, pues se nos acaba de convertir en una incógnita que exige ser despejada. Y ya que nos ha resultado fecundo para identificar problemas, partamos de nuevo del *Examen* de Miguel Ayllón sobre el proyecto constitucional de 1869. Si la futura Constitución pretendía abordar la configuración del sujeto individual a través de una declaración de derechos sin precedentes en cuanto a extensión y profundidad, y este intento podía ser críticamente observado desde posiciones aún más comprometidas, la lectura del *Examen* promete.

Y cumple. Razonando lo alejado que se encontraba el proyecto de la predicada ilegislabilidad de los derechos,[15] se fijaba nuestro autor en su artículo 16, el que pretendidamente iba a consagrar el sufragio universal masculino, y lo reproducía intercalando en cursivas lo que, a su juicio, resultaba imprescindible para comprender el real alcance de la disposición. El artículo, intencionadamente manipulado, quedaba de este modo: "Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles, *los cuales se regulan por leyes especiales,* podrá ser privado del derecho *que, según la ley electoral, pueda tener* de votar en las elecciones de Senadores, Diputados a Cortes, Diputados provinciales y Concejales".

Sin las cursivas estaba en el proyecto, y tal cual, sin las cursivas, quedó en el texto definitivo de la Constitución. Examinando las leyes posteriores podemos comprobar hasta qué punto resultaba acertado el pronóstico del crítico jurista al que seguimos, no tanto porque tales leyes restringiesen, sino más bien porque revelaban los presupuestos desde los que habían de ser leídos los preceptos constitucionales.[16]

Se elaboró y promulgó una ley electoral en 1870, cuyo artículo primero rezaba de este modo: "Son electores todos los españoles que se hallen en el

[15] Ayllón, *Examen*, 1869, pp. 25-40.

[16] Salvo indicación específica, las leyes que se irán citando pueden consultarse en distintas sedes: *Constitución*, 1870 y 1873; *Colección*, 1870, tt. CIII y CIV; *Boletín*, núm. 42, 1873.

pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores de edad con arreglo á la legislacion de Castilla".

Habida cuenta de la indeterminación constitucional de la mayoría de edad, que Miguel Ayllón también había criticado, según ya sabemos, no ha de extrañar esta remisión a la legislación histórica. Se había frustrado en 1869 un nuevo proyecto de Código civil que pretendía introducir la mayoría de edad a los 21 años, así que era necesario todavía cumplir los 25 para llegar a la mayoría. Mas las vicisitudes propias del agitado Sexenio Revolucionario llevaron a que se hiciesen efectivas muy pronto las previsiones tanto de la ley electoral como del código intentado. Hubo que proceder a la convocatoria de Cortes constituyentes en 1873, y la ley a través de la cual se hizo fijó para el sufragio la mayoría de edad en los 21 años. Así decía su artículo 3º: "Las elecciones se verificarán con arreglo á las leyes vigentes; debiendo considerarse para los efectos de esta ley como mayores de edad á todos los españoles de más de 21 años [...]".

Ya no había necesidad de atender a "la legislación de Castilla". A la luz de esta disposición, el artículo primero de la ley electoral de 1870, antes reproducido, habría de leerse en 1873 como sigue: "Son electores todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores de edad con arreglo *a la ley de 11 de marzo de 1873 de convocatoria de Cortes constituyentes*".

O más concisamente: "Son electores todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores *de 21 años*".

Con esta formulación, lo que se evidencia es que el español que se hallaba en el pleno goce de sus derechos civiles no era, sin más, el mayor de edad, sino el padre de familia. Para que un derecho que se había definido como personal o individual en la Constitución no fuese entendido como de titularidad y ejercicio paterno, la ley tenía que decirlo expresamente. Lo hacía sin desbaratar la atribución originaria, sino reafirmándola, pues no dejaba de evidenciarse que los mayores de 21 años, aunque pudiesen votar en las elecciones, no se hallaban en el pleno goce de sus derechos civiles por haber llegado a tal edad. Y eso es algo que no estaba sólo en estas leyes, sino que había de encontrarse ya en la propia Constitución. Más allá de que las leyes, para los más críticos coetáneos, deformasen, desfigurasen o limitasen los derechos constitucionalmente reconocidos, lo que desde luego hacen es transparentar a nuestros ojos el modo en el que se concebía su titularidad, sacando a la luz al sujeto al que se atribuían.

Si lo era el padre de familia, esto es, si la posición de titular pleno de derechos civiles dependía de la de ser cabeza del cuerpo familiar, he aquí ya perdida la individualidad de la persona civil. No es que no fuesen individuos los padres de familia, pero otros individuos había, mujer e hijos, bajo su dependencia, no reconocidos plenamente fuera del ámbito doméstico, obligados a asumir la mediación del cabeza de familia para las relaciones que trascendieran del estrecho círculo en el que estaban incorporados.

2.2. Matrimonio civil y disenso paterno

No se trata de conclusiones ligeras basadas en el examen apresurado de unas pocas normas. La comprobación puede seguir haciéndose si se mira a las más significativas para la materia familiar en la que vamos entrando, las leyes matrimoniales. Las hubo, y trascendentes, en este periodo de constitucionalidad madura en la historia decimonónica en el que nos hemos situado. Si el matrimonio era vía de acceso a la condición de padre de familia, estado al que se asociaba el pleno goce de los derechos civiles, su regulación nos importa.

Empecemos considerando la ley de matrimonio civil de 1870. Resulta para nosotros doblemente relevante: lo es por su objeto y lo es también porque había venido a terminar con la carencia de efecto emancipatorio de la mayoría de edad, ya por entonces reconocida como anómala. Era uno de los logros de la ley, del que podían enorgullecerse quienes la redactaron.[17] Su artículo 64 determinaba que había de reputarse "emancipado de derecho, el hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayoría de edad". ¿Significaba esta emancipación la asunción radical de la posición del hijo como persona civil, con el goce pleno de los derechos susceptibles de tal calificación? Puesto que más arriba ya veíamos que en 1873 las convicciones que seguían conformando el ordenamiento eran otras, podemos adelantar que no, pero el carácter tan terminante de la declaración del artículo 64 recién transcrito nos obliga a un más detallado examen.

Veamos. La ley de 1870 establecía, en el párrafo 3º de su artículo 5 (Capítulo II, Sección 1a., "De las circunstancias de aptitud necesarias para contraer matrimonio"), que "no podrán contraer matrimonio [...] los hijos de familia y los menores de edad que no hayan obtenido la licencia o solicitado el consejo

[17] Roldán, *Ley*, 1980, p. 256.

de los llamados a prestarlos, en los casos determinados por la ley". Se trataba de un impedimento que podía como tal ser denunciado, aunque, a diferencia de otros, la legitimación activa para hacerlo estaba claramente limitada: "No será admisible, sin embargo, la [denuncia] que se refiere al impedimento expresado en el núm. 3º del art. 5º, si no fuere hecha por la persona llamada por la ley a dar la licencia o el consejo para el matrimonio intentado" (art. 21). Pero, en cualquier caso, la prohibición habría de surtir efectos por la imposibilidad de autorizar el juez la celebración del matrimonio sin que fueren entregados en la secretaría del Juzgado "los documentos que demuestren haber obtenido la licencia o solicitado el consejo, conforme a la ley, cuando se trate de matrimonios de hijos de familia y de menores de edad" (art. 31.4), incurriendo el funcionario judicial, de hacerlo, en la responsabilidad determinada en el artículo 493 del Código penal de 1870; el decreto de 16 de agosto del mismo año, dictando determinadas providencias para la entrada en vigor de la ley de matrimonio civil, obligaba directamente al juez a examinar "los documentos a que se refiere el art. 31 de la ley para cerciorarse de su validez y autenticidad"; por último, una circular de 26 de agosto de la Dirección General de Registros dando instrucciones a los jueces para la aplicación de nueva legislación, señalaba el momento procesal oportuno para la presentación de tales documentos, previendo además una posibilidad más ágil: "Cuando los que deban prestar consentimiento o dar consejo a los contrayentes o a alguno de ellos, manifestaren que se proponen otorgárselo en el acto de la celebración del matrimonio, se expresará así en la diligencia, firmándola los manifestantes [...], y no se les exigirán los documentos expresados en el núm. 4º del art. 31 de la ley"; finalmente, la misma circular indicaba que "se expresará en el acta el consentimiento o la solicitud del consejo que la ley de 20 de Junio de 1862 exige para contraer matrimonio a los hijos de familia y a los menores de edad".

No puede resultar más claro el hecho de que la ley de 1870 ordenaba su regulación sobre la base de la citada de 1862; si en el articulado de aquella las referencias a "la ley" podían no ser inequívocas, las disposiciones de desarrollo eran explícitas, y a la coetánea y más inmediata doctrina no le cabían dudas.[18] El dato es relevante porque hace imposible una interpretación común de la normativa transcrita en el párrafo anterior. En ella, las expresiones "hijos de

[18] Por ejemplo, Paso y Delgado, *Novísimo*, 1870, p. 175.

familia" y "menores de edad" no son equivalentes, como tampoco son sinónimos "consejo" y "consentimiento". Leídas las disposiciones de 1870, como se debe, a la luz de las de 1862, los "menores de edad" son los que necesitan "consentimiento" paterno para contraer matrimonio, y los "hijos de familia" son los mayores de edad obligados a pesar de ello a solicitar "consejo" paterno para casarse.

La ley de 20 de junio de 1862, llamada de disenso paterno, había servido para terminar desde esa fecha con lo que se venía considerando una inadmisible intromisión del poder público en el ámbito de la casa, campo propio y que se pretendía exclusivo del poder paterno. El régimen vigente hasta entonces, que arrancaba de una bien conocida pragmática de Carlos III de 1776, que fue modificado por otra de Carlos IV de 1803 (Novísima Recopilación 10, 2, leyes 9 y 18, respectivamente), y que se fue perfilando en disposiciones posteriores, obligaba a los hijos menores a obtener licencia o consentimiento paterno (o de otros ascendientes o guardadores, en un orden de llamamientos que no es necesario ahora detallar) para su pretendido matrimonio, sometiendo a los contraventores a sanciones diversas, civiles y penales. No era eso, por supuesto, lo que se pretendió cambiar en 1862, pues enaltecía los poderes del padre de familia. El régimen de 1803 se objetaba por haber eliminado el requisito, previsto en la ley anterior para los hijos mayores de edad, de solicitar el consejo paterno, y, sobre todo, por haber mantenido los recursos llamados de irracional disenso, ya instaurados en 1776.

En origen, estos recursos habían sido establecidos como un intento de dotar a los hijos de las armas suficientes para evitar forzados matrimonios desiguales y satisfacer sus pretensiones de matrimonio justo e igual, cuando hubieran de sostenerlas en contra de la voluntad paterna. Su conocimiento y resolución se atribuyó a las Audiencias, pero no en veste de tribunales ejercientes de jurisdicción, sino como órganos actuantes del paterno o "económico" poder regio. Un no muy convencido intento de abrogar esta normativa carolina, eliminando con ella los recursos, no había llegado a buen puerto en los primeros tiempos constitucionales, los de vigencia de la Constitución de 1812; pero al menos se cambió su atribución, pues siguiendo principios enunciados en el mismo texto constitucional (arts. 17, 242, 245) y reiterados en la normativa inmediatamente posterior (Reglamento de Audiencias y Juzgados de primera instancia, aprobado por Decreto de 9 de octubre de 1812), las Audiencias habían de ceñirse a asuntos de justicia; los recursos se

residenciaron entonces en sede gubernativa, todavía expresamente concebida como "paternal", recayendo en el ámbito de competencias propio de los jefes políticos (Decretos de 14 de abril y 23 de junio de 1813),[19] y quedando luego (a través de la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias de 3 de febrero de 1823, restablecida "en su fuerza y vigor" por ley de 15 de octubre de 1836, de la Ley para el gobierno de las provincias de 2 de abril de 1845, y del Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 creando una sola autoridad superior civil en cada provincia)[20] en manos de los gobernadores civiles.

Tal y como se venían resolviendo en las décadas centrales del ochocientos, los recursos eran un arma eficaz en manos de los menores para eludir la oposición paterna al matrimonio. Se incoaban mediante simple solicitud, dirigida por el hijo o hija contrariados por el injusto o "irracional disenso" de sus padres, al gobernador de la provincia, quien en una rápida tramitación por vía de expediente, limitada por lo común a la petición de informes al alcalde y al párroco correspondientes, decidía en la inmensa mayoría de los casos a favor de los hijos, supliendo el consentimiento paterno requerido. Olvidada ya la naturaleza paternal de la atribución gubernativa, hasta el punto de encontrarse prácticamente desterrada del discurso político, doctrinal y normativo, el instrumento que Carlos III había puesto en manos de los hijos que anhelaban un matrimonio igual, justo y racional, había llegado a convertirse, a ojos de la sociedad burguesa que sesenta, setenta u ochenta años después sufría las consecuencias, en una injustificable habilitación a las autoridades públicas dependientes del poder del Estado, facultándolas para impugnar una decisión paterna que había de entenderse soberana.

Por si fuera poco, las autoridades civiles (los jueces o los alcaldes, pues la competencia fluctuó entre ambos) podían también proceder, a petición del recurrente y como trámite ligado a interposición del mismo recurso, al depósito de la hija desobediente, poniéndola bajo custodia hasta que recayese resolución, se celebrase el matrimonio o desistiese de su intento. En realidad también al hijo varón se le podía depositar, pero ya que estas diligencias se concibieron con el fin de proteger a la parte más débil de la posible coacción que pudiera recibir del padre, solía hacerse referencia a la hija. Era ésta, además, la que, en el ima-

[19] Los Decretos que se van citando, en *Colección*, 1987 [1813], 2 vols.

[20] Son normas que pueden consultarse en Férnandez, *Legislación*, 1977.

ginario del burgués acomodado, mayor peligro de seducción corría por parte de cualquier desaprensivo cazador de fortunas, a cuyo servicio, con este complejo de recursos de irracional disenso y depósitos, se había rendido el ordenamiento desapoderando y desautorizando a los padres de familia. Claudio Moyano y Samaniego, impulsor en las Cortes del cambio en la legislación, argumentaba en sus intervenciones parlamentarias con toda la expresividad de que era capaz:

> Una señorita, una niña de la edad de 12 años, y por eso me hice cargo antes de esa cuestión, por ser rica, que a las ricas es a las que suele suceder estas cosas, por ser rica es pretendida por un hombre entendido, por un hombre de esos que pudiéramos llamar en el lenguaje de hoy, listo, hábil, la deslumbra, pide su mano, se la niega su padre, su padre, señores, tan interesado en su suerte, en su felicidad, que tiene tantas razones para no dejarla casar con ese individuo, y se ve sin embargo sorprendido con que su hija, sin saberlo él, sin haberlo sentido siquiera, porque a su hija le han dado un memorialito con la firma en blanco, y hasta rayando el sitio donde ha de poner la firma; ese individuo recoge el pliego de papel sellado con la firma, va a la autoridad, pide el depósito, y el padre, repito, se encuentra con esta novedad. Una noche, que frecuentemente estas cosas se suelen hacer por la noche; una noche, digo, el padre y la madre están con sus hijos en la mayor tranquilidad, dedicados tal vez a prácticas religiosas; llaman en su casa y es la autoridad que viene, ¿a qué? A arrancar a los padres su hija, porque un Fulano de Tal, precisamente el individuo con quien no quiere el padre casarla por las doscientas mil razones que puede tener un padre, y de que después también me haré cargo, ha presentado un memorial a la autoridad, memorial de la clase que he dicho, pidiendo el depósito de la hija, y la lleva depositada.

Desde el punto de vista en el que se situaba Moyano, y con el pie forzado de un ordenamiento canónico que fijaba tan bajas las edades mínimas para contraer matrimonio válido y que desde Trento venía anatemizando a quienes defendiesen la nulidad de los contraídos por menores sin consentimiento paterno, la situación podía resultar realmente grave. La preocupación del prócer, que puede decirse estaba en general sintonía con la de la clase a la que las Cortes en términos reales representaban, le llevó a presentar una proposición de ley que, tras una discusión seguida con interés por la opinión pública y que evidenció más coincidencias de fondo que diferencias o reservas, fue aprobada en ambas cámaras, sancionada por Isabel II el 18 de junio de 1862 y promul-

gada dos días después.[21] Su contenido puede resumirse en pocas palabras, pero su trascendencia en el orden de cuestiones que aquí abordamos resultó considerable.

En virtud de esta ley, el consentimiento paterno era necesario para el matrimonio de los hijos menores de 23 años y las hijas menores de veinte (art. 1), sin que el llamado a prestarlo estuviera obligado a expresar las razones en que se fundara para rehusarlo, y sin que hubiera posibilidad alguna de recurso contra su decisión (art. 14); los mayores quedaban obligados a solicitar el consejo, cuya negativa tenía efectos suspensivos sobre el matrimonio pretendido (art. 15); naturalmente no se hacía cuestión de la validez sacramental de los matrimonios contraídos al margen de lo dispuesto en la ley, cuyos contraventores, sin embargo, quedaban sujetos a las sanciones fijadas en el Código penal. Se discutió en el Congreso por extenso si el hijo desobediente incurría por ello en causa justa de desheredación; así lo propuso el promotor de la ley, pero finalmente la medida no llegó a aprobarse.

La posición paterna quedaba a partir de 1862 tan reforzada que realmente la ley consagraba el señorío doméstico del padre de familia, quien podía controlar de manera efectiva el acceso a tal condición por parte de aquellos que, hasta su matrimonio, continuarían siendo hijos de familia. No se consideraba en la ley exclusión alguna a las obligaciones de consentimiento y consejo por vía de emancipación, haciéndose notar la dependencia familiar en tanto viviesen los llamados a otorgar licencia o a dar consejo. La significación, a este respecto, del matrimonio, la concepción de la familia y el poder del padre en su seno, podían expresarse con meridiana claridad:

> El varón, si fuese hijo de familia, *ipso jure* se emancipa [por el matrimonio] de la autoridad paternal, y, adquiriéndola a su vez, viene a formar una familia separada e independiente de aquélla a que antes pertenecía. Con esa potestad de que se liberta, y de que el matrimonio le reviste, se convierte en legislador, tutor, juez y señor de una nueva sociedad, de un pequeño Estado, digámoslo así, en que se ven representadas, si bien en proporciones diminutas, todas las prerrogativas y todos los atributos del poder social, de que el paterno, dada la existencia de la sociedad, es una derivación y modificación. Constituido en padre de familia, el marido dicta, como legislador doméstico, la regla que ha de seguirse en el gobierno interior

[21] *Gaceta de Madrid*, 24 de junio de 1862. También en *Colección*, 1862, pp. 741-743.

> de su grey: contrae como tutor de los seres a él confiados el deber de la alimentación, protección y educación: premia y castiga, como juez, las acciones meritorias o punibles que sus subordinados cometen, aplicando las correcciones que a su alcance coloca la ley, para hacer respetable su autoridad: y se aprovecha, como señor, de las adquisiciones que su esposa e hijos hicieren constante el vínculo matrimonial.[22]

No puede haber más convencida descripción de la corporación familiar, de una familia efectivamente incorporada, hecha cuerpo bajo la cabeza paterna, representada por el padre hacia el exterior y gobernada por él en su interior, terreno doméstico en el que se desenvuelven quienes forman parte de ella bajo el poder paternal. No se trataba de un lenguaje marginal ni meramente anticuado, ni de planteamientos aislados. De las convicciones a las que respondía la ley de 1862 quedaron patentes y repetidas muestras en el discurso coetáneo, despuntando una y otra vez la equiparación de las potestades paternas a las públicas, asimilándolas así a las estatales, y presentándolas como ejercidas en su ámbito corporativo por quien era su cabeza, persona plenamente civil que ejercitaba derechos de titularidad propia y servía de centro de referencia para los reconocidos a sus individuales dependientes: "En el seno propio de la familia existe en primer lugar un Magistrado, que es el padre, al cual corresponde gobernar y dirigir esa pequeña sociedad, puesto que tiene que proveer a su subsistencia".[23]

Cuando estos planteamientos se hicieron ley, el magistrado que gobernaba esa pequeña sociedad quedaba apoderado para tomar decisiones que iban más allá de los deberes de protección, que no respondían sin más a razones de suplencia de un entendimiento imperfecto o no bien formado, y que eran incluso difícilmente justificables a través del concepto de patria potestad, como se puede constatar examinando la literatura jurídica de aquellos años. Para el hijo de familia mayor de edad, el trámite del consejo establecido en la ley podía no traducirse sin más en el relativo retraso de sus propósitos matrimoniales. Su cumplimiento había de ser acreditado por el llamado a prestarlo, lo que llevó, en casos, a abusivas prácticas dilatorias. El posible conflicto entre padres e hijos a propósito del consejo convenció a algunos tratadistas de la necesidad de

[22] Ayllón, *Examen*, 1862, p. 5.

[23] Santarén, "Observaciones", p. 168.

estimar operante como medida de amparo el trámite del depósito, ya en rigor sin objeto desde la entrada en vigor de la ley por depender de los suprimidos recursos de irracional disenso.[24] No hay más gráfica expresión del cambio que supuso el régimen de 1862 que la que puede encontrarse a veces buscando en los archivos de protocolos: el 23 de febrero de 1865, mediante escritura notarial, don Angel María Dacarrete y Hernández obtuvo de su padre el consejo requerido para casarse con doña Valentina Álvarez y Unzueta, en la que "concurren las circunstancias de igualdad y demás apreciables", según estimaba quien iba a ser su suegro; el cumplidor hijo de familia y futuro contrayente tenía 37 años de edad y era gobernador civil de la provincia de Valladolid, donde, sólo tres años antes, podía haber estado supliendo el consentimiento paterno de hijos menores recurrentes por irracional disenso contra sus padres.[25]

La ley de disenso paterno de 1862 atravesó, llevando consigo sus concepciones de fondo, las décadas posteriores hasta diluirse a fines de siglo en el Código civil que acogió, modificándolas, algunas de sus líneas básicas; no en vano nuestra ley había sido en su momento concebida como un urgente adelanto de un Código proyectado que llevaba ya tiempo en vía muerta y cuya terminación no se preveía cercana.

Desplegó, intacta, sus efectos desde 1862 hasta 1889, incluso después de la Revolución Gloriosa, incluso bajo el régimen de la esperanzadora Constitución de 1869, incluso modulando la ley de matrimonio civil de 1870..., e incluso con la aquiescencia de quienes, enarbolando la bandera de la revolución y de los derechos ilegislables, tacharon de reaccionario el orden constitucional del Sexenio: Miguel Ayllón Altolaguirre, el agudo y crítico constitucionalista con cuyos planteamientos abríamos estas páginas, fue apologista convencido de la ley de disenso paterno, elogió un ensayo que acerca de la materia escribió su hermano Emilio, también jurista —uno de cuyos pasajes acabamos de citar en estas páginas—, y sobre su base compuso una obra teatral, titulada *Un error social*, donde se mostraban, con el patetismo propio del género, los trágicos efectos de la normativa anterior a 1862.[26]

[24] Vicente y Caravantes, *Tratado*, 1858 (pero 1863), pp. 364-365 y 376-379; Paso y Delgado, *Novísimo*, 1870, pp. 173-176.

[25] Archivo Histórico Provincial de Cádiz, Notaria de Narciso M. Lozano, Protocolos Cádiz, pr. 5619, f. 99-100, núm. 39.

[26] Ayllón, *Error*, 1861.

3. COLOFÓN

Muertos civiles naturalmente vivos, personas civiles que no son radicalmente individuales, individuos carentes de personalidad plena y que necesitan, heterónomamente, la mediación de otros, son algunas de las paradójicas especies en las que se descompone el sujeto al que contempla el constitucionalismo decimonónico. No son claramente distinguibles, por lo general, cuando se mira a los textos de las leyes fundamentales en los que sólo se advierte su común y arrojada sombra individual. Normas menores, en vigor o en proyecto, y el discurso político, doctrinal o literario surgido en torno a ellas, se manifiestan no pocas veces como mejores vías de acceso para la comprensión de aspectos básicos de una sustancia constitucional no vulnerada, sino simplemente desvelada, por estas aparentes anomalías.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Integro en estas páginas algunos de los resultados de investigaciones realizadas desde hace años, algunas publicadas y otras aún en curso de elaboración, cuya estrecha relación sólo en ocasiones como ésta puede hacerse evidente. En la primera parte del presente capítulo, el estudio de la vida y de la obra de Miguel Ayllón Altolaguirre (Vallejo, en prensa) dio el argumento de arranque para la reconsideración del sujeto de derechos a la luz de los planteamientos de la primera codificación liberal (Vallejo, 2007a); para la cabal valoración del proyecto de código civil de 1821 constituyen imprescindible entrada los pioneros trabajos de un renombrado especialista (Peset Reig, 1972 y 1975) que pueden ahora leerse desde la perspectiva de más recientes acercamientos (Mora Cañada, 2005). En la segunda parte se ponen en conexión algunas de las constataciones hechas en un añejo trabajo sobre la concepción de los derechos individuales en la Primera República española (Vallejo, 1997), que tocaban ya a la posición del hijo de familia y a la determinación del sujeto con el condicionamiento de la ley de disenso paterno de 1862, con algunos de los planteamientos de una más amplia monografía en curso de elaboración sobre dicha ley, que aquí adelanto. Al señalado condicionamiento se ha acercado también Serván Reyes (2005) desde la perspectiva constitucional de 1869. Es asunto sobre el que, en términos generales, ayudan a la reflexión las investigaciones de

Marco Cavina (1995 y 2007), y sobre cuya dimensión española han venido aportando datos Crespo de Miguel (1992) y Laína Gallego (1992), sin que pueda pasarse por alto, en atención a su objeto, la obra de Roldán Verdejo (1980).

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Ayllón Altolaguirre, Emilio, *Examen histórico crítico filosófico de la doctrina del consentimiento paterno para la celebración del matrimonio. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Cádiz en el curso académico de 1860 a 1861*, Cádiz, Imprenta de la Revista Médica, 1862.

Ayllón Altolaguirre, Miguel, *Un error social. Drama en dos actos y en prosa, escrito expresamente para la Academia de declamación del Ateneo de Cádiz, por el Presidente general del mismo D. Miguel Ayllón y Altolaguirre. Estrenado por dicha Academia en la noche del 21 de julio de 1861*, Cádiz, Imprenta de la Revista Médica, Federico Joly y Velasco editor, 1861.

———, *Examen del funesto proyecto de Constitución sometido a la deliberación de las Cortes. Colección de artículos publicados por M. Ayllón Altolaguirre, en abril de 1869*, Zaragoza, Establecimiento Tipográfico de Calisto Ariño, 1869.

Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 42, 1873.

Clavero, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de Individuo, razón de Historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

———, "Cádiz como Constitución", en AA.VV., *Constitución política de la Monarquía española. Estudios*, Sevilla, Fundación El Monte — Universidad de Cádiz — Ayuntamiento de Cádiz — Casino Gaditano, 2000.

———, *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, Madrid, en la Imprenta Nacional, año de 1822.

Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz, Madrid, Cortes Generales, 1987 (edición facsimilar de la de Cádiz, Imprenta Nacional, 1813), 2 vols.

Colección Legislativa de España, primer semestre de 1862, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia.

Colección Legislativa de España, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y

Justicia (primer y segundo semestres de 1870), 1870, tt. CIII, CIV.

Constitución y Leyes orgánico-administrativas de España, Madrid (edición oficial), Imprenta Nacional, 1870; y 3a. ed., 1873.

Febrero, o Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig editores, 1852, t. I.

Fernández Rodríguez, Tomás Ramón y Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Legislación administrativa española en el siglo XIX*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977.

Lasso Gaite, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española, 4: Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Madrid, Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación, 1970, vol. II.

———, *Crónica de la Codificación Española, 5. Codificación penal*, Madrid, Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación, s. a., vol. II.

———, *Crónica de la Codificación Española, 3. Procedimiento penal*, Madrid, Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación, 1975.

Martínez Pérez, Fernando, "*Ley expresa, clara y terminante.* Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español", en *Historia Constitucional. Revista electrónica*, núm. 3, 2002 <http://hc.rediris.es/tres/indice.html>.

———, "Juzgar sin ser juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional", en Manuel Chust (coord.), *Doceañismos, constituciones e independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006, pp. 79-97.

Paso y Delgado, Nicolás de, *Novísimo manual de práctica forense, arreglado a la vigente legislación de procedimientos, o sea Formulario completo y razonado de los escritos que se pueden presentar, tanto en los juicios civiles como en los criminales, en todos los tribunales y juzgados, instancias y recursos*, Granada, Imprenta de Don Paulino Ventura y Sabatel, 1870.

Portillo Valdés, José María, *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 2000.

Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión Especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820. Impreso de orden de las mismas. En la Imprenta Nacional. Año de 1821.

Rico Linage, Raquel (ed.), *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla, Universidad, 3a. ed., 1999.

Roldán Verdejo, Roberto, *La Ley de Matrimonio Civil de 1870. Historia de una ley olvidada*, Granada, Universidad, Instituto de Historia del Derecho (Opera Iuridica ad Iurisprudentiam Expectantia-Series Maior IV. Prólogo de José Manuel Pérez-Prendes), 1980.

Santarén, Norberto, "Observaciones sobre la inteligencia y aplicación de la ley de disenso paterno, respecto a los matrimonios de los menores de edad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 26, 1865, pp. 163-200, 355-381, 417-450 y 522-540; edición exenta, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1866.

Serván Reyes, Carmen, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Vallejo, Jesús, "Orden, libertad, justicia. Figuración constitucional republicana (1873)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67 (Homenaje al Pfr. Dr. D. Francisco Tomás y Valiente), 1997, pp. 821-845.

———, "Vida castellana de la muerte civil. En torno a la ley cuarta de Toro", en *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 31 (Homenaje al Pfr. Dr. D. Manuel González Jiménez), 2004, pp. 671-685.

Vicente y Caravantes, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios*, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, 1858, vol. IV.

Siglas

AHPC, Archivo Histórico Provincial de Cádiz.

CONSTITUCIÓN Y TERRITORIO EN LOS PRIMEROS PROCESOS CONSTITUYENTES ESPAÑOLES

Carmen Muñoz de Bustillo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. División y organización del territorio durante el reinado de José I. 1.1 Plasmación teórica del proyecto. 1.2. Su frustrada materialización. 2. Nación y territorios en el constitucionalismo gaditano. 2.1. Juntas o cuerpos provinciales. 2.2. La Junta Central o "la confederación del territorio". 3. La división "más conveniente del territorio español". 4. Diputaciones y ayuntamientos. La imagen distorsionada del constitucionalismo doceañista.– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

1. DIVISIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL TERRITORIO DURANTE EL REINADO DE JOSÉ I

La decisión de poner fin a la irracional división que afectaba a los territorios de la Monarquía hispana, no es una circunstancia sobrevenida en el siglo XIX al socaire de los nuevos planteamientos políticos, pues son de largo conocidas las múltiples voces que ya en el siglo anterior se habían alzado para denunciar sus variadas y nefastas manifestaciones. Con todo, no vamos a entrar en estas páginas en aquellas reflexiones críticas, que en su mayoría tienen más que ver con las teorizaciones propias de la Ilustración, sino que directamente arrancaremos de los dos escenarios constitucionales, Bayona y Cádiz, con los que prácticamente se inicia la centuria.

Como es bien sabido, y entramos sin más preámbulos en materia, la organización departamental napoleónica se extendió con fortuna desigual por aquellos territorios europeos que a principios del XIX entraron en contacto, de un modo u otro, con las tropas imperiales. España no será una excepción en este sentido, aunque aquí las circunstancias se desarrollaron de manera distinta, y no sólo porque en Cádiz se estuviese fraguando por las mismas fechas otro

diseño territorial de características diferentes, sino porque el gobierno de José I, además de lidiar con Cádiz, tuvo también que hacerlo con los mariscales galos e, incluso, con el propio Napoleón que en 1810 segregó de la Corona española las provincias al norte del Ebro, creando en ellas gobiernos independientes. Pero vayamos por partes.

Hace algo más de una década Jesús Burgueño afirmaba que "en la Constitución de Baiona se fijaban, implícitamente, las directrices que debían guiar la nueva división territorial". Si a los 62 "diputados de las provincias de España e Indias" (art. 64.1) se les restaban los dos representantes insulares y los 22 "de los reinos y provincias españolas en América y Asia" (art. 92), quedaban 38 para el territorio peninsular. Número que efectivamente venía a coincidir con el de las prefecturas en las que se dividió la Península por decreto de 17 de abril de 1810.[1] Sobre la elección de los representantes, la Constitución añadía que "Los diputados de las provincias de España e islas adyacentes serán nombrados por éstas a razón de un diputado por 300 000 habitantes, poco más o menos" (art. 67). Uniendo ambos extremos resultaría, según la hipótesis de Burgueño, que todas las prefecturas, que habrían de tener una población similar entre ellas y cercana al número de habitantes previsto constitucionalmente, tendrían garantizada su presencia con un diputado en unas futuras Cortes que, por otra parte, nunca llegaron a ser convocadas.

Desde luego no es improbable que Napoleón, desde que elaborara el primero de los proyectos del texto constitucional, quisiese que a la mayor prontitud se llevara a cabo la división y organización del territorio peninsular siguiendo el modelo galo. Sin embargo, lo que ya no está tan claro es la anterior correlación de datos. Que el Emperador, al establecer la representación provincial en la Constitución de Bayona, estuviese pensando en hacer coincidir el número de diputados con el de las futuras prefecturas o departamentos, es algo en mi opinión mucho menos probable. Para tal previsión le faltaban sin duda conocimientos. Los que sí podrían manejar los datos, algunos de los "Notables" de Bayona y algunos datos, no intervienen en este punto, de tal forma que el número de diputados provinciales que deben componer "el estamento del pueblo" no se altera desde el primer proyecto, salvo, claro está, para incluir en el tercero y último de ellos a los 22 diputados representantes de América y Asia que hasta entonces parecía que hubieran sido olvidados. El asunto en cualquier

[1] *Gaceta de Madrid*, 4 de mayo de 1810.

caso no tiene mayor trascendencia pues, al fin y al cabo, se calcula que eran 38 o 40, incluyendo las marítimas, las provincias que integraban la Península a finales del XVIII, y es probable que este dato fuera el único que en realidad se tuviera en cuenta en 1808.

1.1. Plasmación teórica del proyecto

Precisamente es uno de los convocados a la Asamblea de Bayona, Francisco Amorós, fiel colaborador del gobierno de José I, el primero que prepara, por orden del rey, unas breves "observaciones sobre la nueva división del territorio de España" en departamentos, que datan de noviembre de 1808.[2] Las "observaciones" nunca dejaron de ser un mero y escueto proyecto, entre otras razones porque, cuando se escribieron, el gobierno josefino, trasladado a Vitoria tras el desastre de Bailén, pendía de un hilo. No obstante en él se hallan algunas de las ideas sobre la división territorial que un año más tarde se desarrollarán para la Península por extenso y en exclusiva, porque América, en estos momentos y en tales proyectos, brillará absolutamente por su ausencia. Del mismo modo tampoco faltan en el texto las críticas a un sistema, el de las provincias e intendencias, que por entonces seguía vigente. Los términos en los que se pronuncia Amorós son similares a los que ya utilizara León de Arroyal a finales del setecientos, o a los que utilizará, como veremos, Valentín de Foronda al referirse al tema en 1811.

Así pues, los planes de ordenación y división del territorio tuvieron que ser postergados para mejor ocasión. A finales de 1808, el reinado español de José Bonaparte dependía por completo de los resultados de la intervención militar de su hermano. Tras el éxito de las tropas imperiales, José I, instalado de nuevo en Madrid en enero de 1809, parece querer iniciar una nueva etapa en su reinado. Desde el mismo día que recupera la Corona, pues no olvidemos que Napoleón entendió que él la había recobrado al hacerse cargo de la situación militar en noviembre de 1808, se lanza a organizar el gobierno, renovando, formalmente al menos, desde los ministerios hasta los ayuntamientos. Por decreto de 9 de febrero de 1809,[3] y sería el primer paso en esa reorganización, divide las zonas del país bajo su autoridad en comisarías regias; al frente de cada una de ellas se designa un comisario. De carácter extraordinario, como la pro-

[2] Burgueño, *Geografía*, 1996, Anexo documental, pp. 325-327.
[3] *Gaceta de Madrid*, 11 de febrero de 1809.

pia guerra o la ingobernable conducta de los mariscales napoleónicos, entre la puesta en marcha de estas comisarías y la mejor división del territorio peninsular, apenas si habrá relación. En sentido estricto, los comisarios, cuya autoridad se suele extender por varias provincias limítrofes, no forman parte de la administración territorial josefina. Entre sus amplísimas funciones destacan principalmente aquellas que tienen por objetivo atraer hacia la causa de José I el mayor número de partidarios posible. A nivel organizativo, los comisarios vinieron a superponerse a los tradicionales intendentes. Es decir que entre febrero de 1809 (establecimiento de las comisarías) y, al menos, abril de 1810 (creación de las prefecturas), el sistema de intendencias no sufrió alteración alguna. Los nombramientos de los nuevos intendentes, ahora josefinos, se sucedieron a lo largo de 1809, apreciándose un considerable incremento de tales designaciones en los últimos meses del año.

No obstante, por esas fechas ya se había comenzado a elaborar el proyecto de división departamental que, tras algunas modificaciones, terminará convirtiéndose en el decreto ya mencionado de 17 de abril de 1810, relativo "a la división del reyno, para el gobierno civil",[4] en prefecturas, subprefecturas y municipalidades. El proyecto, atribuido durante años a Juan Antonio Llorente, resulta ser obra, como señaló Burgueño, de José María de Lanz y de Zaldívar. Un marino matemático de origen navarro, nacido en 1764 en la ciudad mexicana de Campeche, que llegó a obtener la nacionalidad francesa y se convirtió, en septiembre de 1811, en prefecto de la ciudad de Córdoba, es finalmente el autor de la división prefectural de 1810.

Sólo conociendo las circunstancias puede entenderse cómo, en tan caótico contexto, logró salir adelante un proyecto de tal envergadura. Entre ellas, y en primer lugar, las fechas en las que se elabora y aprueba por el Consejo de Estado. Despejada la entrada a Andalucía tras la batalla de Ocaña, el ejército, esta vez capitaneado por el propio rey, se pone en marcha hacia el sur a finales de 1809. La supuesta invasión se convierte en un paseo militar, un viaje triunfal que sitúa al ejército francés casi a las puertas de la ciudad gaditana. Así pues, bajo el control del gobierno josefino se halla en esos momentos la mayor parte de la Península. En segundo lugar, las noticias que van llegando sobre la convocatoria de una asamblea general a celebrar en Cádiz en los próximos meses.

[4] Días más tarde, el 23 de abril, teniendo por referencia lo establecido el 17 para el gobierno civil, se promulga el decreto que divide la Península en quince distritos militares.

No había mejor manera de neutralizar esa posible reunión que anticiparse a ella, convocando las cortes previstas en la Constitución de Bayona. Es, en definitiva, la excusa que se utiliza para acelerar la aprobación de un proyecto que, a juicio de algunos, aún no estaba lo suficientemente maduro. Y en tercer lugar, y es posible que la razón primera, había que contrarrestar los efectos de la decisión imperial de crear gobiernos particulares en los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra y las Provincias Vascas. El decreto de 17 de abril de 1810, que incluía los territorios recién segregados, pudo emplearse para impugnar, de manera más simbólica que real, la medida que Napoleón adoptara el 8 de febrero de ese mismo año. Sea como fuere, lo cierto es que, promulgada la disposición, todavía estaba por verse si se podrían o no implantar en los territorios peninsulares tan substanciales reformas.

El decreto en cuestión, que fue firmado en Sevilla en el momento de mayor esplendor de la Monarquía bonapartista, y que tenía por objetivo, según quedaba señalado en el preámbulo, establecer "de un modo uniforme el gobierno civil de los pueblos del Reyno", dispuso distribuir la Península en 38 prefecturas que, a su vez, se dividieron en 111 subprefecturas (tres por cada una de aquellas, excepto las de Ciudad Real, Cuenca, Madrid y Teruel, que tendrán dos, y la de Murcia que contará con cuatro), las cuales se subdividirán en municipalidades. En octubre de 1811, una nueva prefectura, la de Segovia, se sumará a las ya establecidas. Se constituirá a partir de la segregación de la de Valladolid,[5] asignándosele, aparte de la de Segovia, una subprefectura en Ávila. En definitiva, la Península se divide en zonas de extensiones semejantes con igual número, salvo excepciones, de subdivisiones. Además, y a fin de conseguir la uniformidad dicha, unos mismos órganos de gobierno, exactamente iguales para todas ellas, se situarán al frente de cada una de estas nuevas entidades administrativas.

En efecto, siguiendo el modelo napoleónico, pues el decreto de 17 de abril es casi una reproducción de la ley gala de 17 de febrero de 1800, "relativa a la división del territorio de la República y de su administración", al frente de cada prefectura habrá un *prefecto*, con funciones ejecutivas, auxiliado, en las tareas más técnicas o burocráticas, por un *secretario general*. Junto a él, junto al pre-

[5] Burgos y Valladolid, por decreto imperial de 29 de mayo de 1810, se organizarán a modo de gobiernos militares. Su situación, con respecto al gobierno de Madrid, sin ser exactamente la misma, guardará cierta relación con la de aquellas otras que habían sido segregadas por Napoleón en febrero de ese mismo año.

fecto, se establecerán, por un lado, un *consejo de prefectura* que, como su predecesor el *conseil de préfecture* francés, será supuestamente una especie de tribunal que conocerá de los contenciosos de la administración en primera instancia y, por otro, una *junta general de prefectura* que tendrá como principales funciones repartir las contribuciones directas entre las subprefecturas y ejercer el control sobre la inversión de los fondos puestos a disposición del prefecto. De éste, precisamente, dependerán los *subprefectos*, encargados del gobierno de las subprefecturas, que contarán también con unas *juntas generales de subprefecturas* a las que se les encomendaba distribuir la cuota de contribuciones asignada entre las municipalidades que componían la correspondiente subprefectura. Justo son las municipalidades, con los *corregidores*, *regidores* y *juntas municipales*, las que constituyen el último eslabón de esta cadena jerárquica, perfectamente trabada sobre el papel. Es aquí, en el ámbito municipal, donde la réplica parece apartarse algo más del modelo, aunque las diferencias entre el original y la copia no resultan a la postre decisivas.

1.2. Su frustrada materialización

A la altura de mayo de 1810, con la corte josefina aún por tierras andaluzas, no sorprende que se pensara precisamente en Andalucía como el mejor de los laboratorios donde ensayar la recién diseñada organización territorial. Lo fue entonces y lo es ahora para observar el caos que ocasionaron las reformas y comprobar hasta qué punto el implantarlas devino casi misión imposible.

No fueron los prefectos, sino los subprefectos y los secretarios generales, los primeros designados para ocupar los correspondientes cargos en las prefecturas andaluzas. Tiene su explicación, y de ella derivan las primeras confusiones y las muestras iniciales de la improvisación que caracteriza el periodo. En los primeros meses de 1810 se había creado en suelo andaluz un buen número de comisarías regias. Esta proliferación de comisarios resultará ser un obstáculo para la propia organización territorial porque, al tiempo que se dispone la división de territorio para su mejor gobierno en prefecturas, subprefecturas y municipalidades, se ordena también mediante decreto que sean los comisarios, hasta nueva orden, los que ejerzan como prefectos. Así, unas mismas personas ocupan puestos en dos distintas administraciones: una, llamémosla intermedia, la comisaría regia, y otra territorial, la prefectura, sumándose las funciones de uno y otro cargo sin que sea posible distinguir cuándo un comisario actúa como tal

o como prefecto, o a la inversa. Esto lógicamente va a provocar un desbarajuste en la administración andaluza que será, sin ser el más importante, un problema a añadir a la larga lista de dificultades con las que se va a encontrar el gobierno josefino. El trance se superará, al menos teóricamente, a finales de 1810 con el nombramiento de un comisario general para toda Andalucía, al que quedarán subordinados todos los prefectos andaluces. Con tal designación no sólo se pretendía paliar los efectos negativos de tan desafortunada decisión; también se intentaba, lo que era más importante para el gobierno, mantener a raya al duque de Dalmacia, gobernador militar de todo el territorio andaluz conquistado. El objetivo, desde luego, no se consigue, lo que en parte explica el fracaso de las reformas josefinas y no sólo en Andalucía, pues tanto el escenario como la frustración de las autoridades civiles se suelen reproducir en todos aquellos lugares de la Península bajo el mando militar de un mariscal napoleónico.

De mayor calado que la confusión entre comisarios y prefectos, cuando menos por su prolongación en el tiempo, es la mezcolanza de intendentes y prefectos. Nunca llegaron a distinguirse con claridad los nuevos prefectos de los antiguos intendentes. Hasta el punto de que hubo casos, algunos especialmente llamativos, en los que se entendió que bastaba para cumplir al pie de la letra con lo dispuesto en el decreto de 17 de abril con cambiar las denominaciones de intendentes por prefectos y de provincia por prefectura. Así, Francisco Amorós, el autor de las "observaciones" sobre la división del territorio de España en departamentos a las que antes nos referíamos, según nos cuenta Mercader Riba, le comunica al ministro del Interior en diciembre de 1811, en calidad de comisario regio, que para organizar la prefectura de Segovia se limitó "a hacer desaparecer los nombres y las instituciones antiguas para uniformarlas al sistema constitucional", de tal modo que empezó a "llamar prefecto al intendente y prefectura a la provincia".

En los primeros tiempos, Andalucía no escapará de la confusión, hasta el punto de que en el decreto de 30 de abril de 1810,[6] en el que se conferían a los comisarios regios las funciones de los prefectos con carácter provisional, se hace referencia, como si de un prefecto más se tratara, al intendente de Málaga. Sin embargo, en mayo de 1811 una orden del comisario general de Andalucía prohíbe expresamente a los encargados del gobierno de las prefecturas andaluzas

[6] Utilizamos el ejemplar del decreto localizado en el Archivo Municipal de Jerez de la Frontera, Actas Capitulares 1810, Documentos, t. 2, f. 156.

la resolución de los asuntos contenciosos, argumentando que no obstante ser "una materia reservada a los antiguos intendentes", no lo es "a los prefectos por ser diametralmente opuesta a lo prevenido en los artículos 97 y 98 de la Constitución Española".[7] En cualquier caso, en esto de la mezcolanza de intendentes y prefectos, se observa una regla, bastante extendida aunque no sabría decir si general, que podríamos formular en los siguientes términos: en aquellos territorios peninsulares donde la autoridad de José I es inestable, más precaria y frágil de lo que fue comúnmente, su gobierno ni tan siquiera hace el intento de implantar el nuevo sistema; en consecuencia, en esos lugares no se modifica el antiguo de intendencias. Por el contrario, y en este grupo quedaría incluida Andalucía, en aquellos territorios en los que las autoridades josefinas aún vislumbran la posibilidad de hacerse con el control de la situación, la correspondiente prefectura se articula con bastante celeridad, aunque el montaje resulte a última hora singular e, incluso, en más de un supuesto, meramente nominal.

Si ya tuvo su grado de dificultad elegir a los prefectos, lograr que los nombrados se incorporaran a sus respectivos destinos y, sobre todo, que instalados se ciñeran medianamente a cumplir las funciones que les había atribuido el decreto de 17 de abril, más difícil fue aún constituir y poner en funcionamiento los consejos y las correspondientes juntas. El consejo de la prefectura de Madrid no se organiza hasta finales de agosto de 1811, a partir de entonces comienzan a establecerse algunos otros en el centro y en el sur de la Península. Desde luego, y hasta donde sé, ninguno va a actuar como tribunal en materia contencioso-administrativa. En cuanto a las juntas generales, no llegaron a reunirse salvo en localidades determinadas y avanzado el año 1812. Un decreto de 12 de mayo, que ordena la instalación de las juntas de prefectura y de subprefectura, y regula cómo y cuándo deben reunirse y las funciones que deben desempeñar,[8] apenas si tuvo vigencia en las prefecturas del centro peninsular. Quizá lo más interesante de esta disposición sea que allí donde se aplicara quedarían derogados o vacíos de contenido algunos de los artículos del decreto de 17 de abril. Así, por ejemplo, según el decreto de mayo, las juntas generales de prefectura tenían por cometido repartir la cuota de las contribuciones entre las municipalidades y no entre las subprefecturas, como estaba previsto en el decreto de abril. De esta

[7] Es una orden que se localiza en el Archivo Municipal de El Puerto de Santa María (en adelante AMPSM), Actas Capitulares 1811, t. 126, cabildo de 7 de junio de 1811.

[8] *Gaceta de Madrid*, 15 de mayo de 1812.

forma, las juntas generales de subprefecturas dejaban de tener sentido pues ésa era, exactamente, su única función.

Ni las juntas de subprefecturas se instalaron, ni los subprefectos fueron los intermediarios entre los prefectos y las municipalidades. La correa de transmisión quedó rota desde el principio. Las relaciones entre los corregidores y los prefectos se entablaron de modo directo, sin que en ellas intervinieran terceros. De hecho, y aunque en esta materia es absurdo generalizar porque las excepciones debieron ser tantas como municipalidades creadas, es muy probable que durante estos años fueran los prefectos los verdaderos artífices de la organización local. Las juntas municipales, aunque teóricamente constituidas algunas desde mediados de 1811, en la práctica no funcionaron tal y como estaba previsto. El corregidor y los regidores sólo cambiaron de nombre: "empleados del gobierno de las municipalidades", los denomina el decreto de 17 de abril. Todos debieron hacer frente a los cuantiosos gastos provocados por la guerra. Entre tantos empréstitos, requisiciones, arrestos y apremios militares, apenas si hubo ocasión de transmitir con coherencia las ideas sobre las que se fundaba el nuevo sistema. Ante las circunstancias extraordinarias, se impuso la más absoluta flexibilidad en el cumplimiento de la norma. Permítaseme que como muestra utilice el caso de la municipalidad de El Puerto de Santa María (Cádiz), cuartel general de las tropas del mariscal Víctor durante estos años, que no por particular resulta menos ilustrativo. A lo largo del año 1810, nada indica que allí se hayan producido reformas de ningún tipo: la municipalidad josefina es exactamente igual que el ayuntamiento borbónico de finales del XVIII. De tal forma que a mediados de diciembre de ese año firman el acta de asistencia al correspondiente cabildo el corregidor, el alférez mayor, cuatro regidores perpetuos, tres vitalicios, uno electivo y un diputado del común. En 1811, al menos en apariencia, el asunto se normaliza. Sobre el mes de julio, tanto el gobierno, constituido por el corregidor y ocho regidores, como la junta municipal, compuesta de veinte miembros, responden a lo establecido sobre la materia en el decreto de 17 de abril. Y es entonces cuando la municipalidad solicita al prefecto autorización para distribuir "como se hacia en el anterior sistema de gobierno", las distintas materias del servicio público entre los individuos que componen la junta municipal, autorización que es concedida.[9] Así pues, por

[9] Cabildos de 16, 18 y 23 de julio, en AMPSM, Actas Capitulares, 1811, t. 126, ff. 575, 580, 595-600 y 623.

decisión del prefecto, en este municipio simplemente no se aplican los artículos cuarto, quinto y sexto del título cuarto del real decreto de 17 de abril. Y El Puerto, desde luego, no debió ser la excepción que confirmara la regla.

Esto, en resumidas cuentas, es lo que dio de sí la organización territorial proyectada por el gobierno de José I. Y no fue poco, teniendo en cuenta la situación de guerra permanente, las inoportunas intervenciones de los mandos militares franceses que imposibilitaban cualquier intento de acercamiento al pueblo por parte de las autoridades del nuevo régimen, la misma población que con su aparente pasividad paralizaba, al menos en el ámbito municipal, todo tipo de reforma, las propias autoridades civiles que frustraban las expectativas del gobierno al no impedir la intervención de los mariscales napoleónicos en asuntos de su exclusiva competencia, la pésima gestión económica y, sobre todo, la significativa oposición de Napoleón al gobierno de su hermano que para el caso se tradujo en la desintegración de una corona cuya integridad e independencia se comprometió a respetar desde primera hora.[10] Sea como fuere, mientras que el proyecto josefino se frustraba, otro de distinta índole se estaba forjando en el único lugar de Andalucía no ocupado por las tropas imperiales.

2. NACIÓN Y TERRITORIOS EN EL CONSTITUCIONALISMO GADITANO

En septiembre de 1811, Valentín de Foronda apreciaba ciertas lagunas en el proyecto de Constitución que por aquel entonces se discutía en Cádiz. Entre otras cosas, le llamaba la atención que en él nada se hubiera previsto sobre "si quedan abolidos todos los privilegios de provincias, de ciudades".[11] Ciertamente, ni en el proyecto ni en el texto definitivo habrá ningún artículo concreto que, tal y como demandaba el ilustre alavés, derogue los privilegios de los que venían gozando determinadas provincias y ciudades. Sin embargo, a esas provincias y ciudades, sean cuales fueren en la mente de nuestro ilustrado, se les superponía desde el principio del texto el sujeto nacional. Antes que territorios

[10] En el propio decreto de proclamación de José como "rey de España y de las Indias", publicado en la *Gaceta de Madrid* de 14 de junio de 1808, se decía: "Garantizamos al Rei de las Españas la independencia é integridad de sus estados, así los de Europa, como los de África, Asia y América".

[11] *Ligeras Observaciones sobre el proyecto de la nueva Constitucion. Coruña, septiembre 24 de 1811*, en Biblioteca Municipal de Jerez de la Frontera, 12028-69.

y por encima de ellos se configura una nación, la española, que resulta ser, según queda establecido en el artículo que abre la Constitución, "la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios". Españoles, y seguimos entre preceptos iniciales (más en concreto entre los artículos 6 y 9, ambos inclusive), que además de estar obligados a ser justos y benéficos, a amar a la patria y fieles a la Constitución, deben obedecer las leyes, respetar a las autoridades establecidas, contribuir sin distinción alguna a los gastos del Estado en proporción a sus haberes y defender la patria con las armas cuando para ello sean llamados por ley. Con estos planteamientos constitucionales de partida no cabe duda de que los constituyentes de Cádiz estaban dando importantísimos pasos a favor de esa abolición exigida por Foronda, lo apreciara éste o no. Con todo, el reproche que en este sentido le hace el alavés a las Cortes puede perfectamente entenderse dado que a renglón seguido (artículo 11 del proyecto, 10 del texto definitivo) los territorios, las provincias y ciudades terminan compareciendo. Si el sujeto nacional, si la nación española relega a los territorios pero de ningún modo los cancela, puede parecer necesario, e incluso ineludible, un artículo específico en el que de modo claro se establezca que "quedan abolidos todos los privilegios de provincias, de ciudades, pues todas son españolas, y así no debe ninguna tener ventajas que no logre la otra".

Tan imperioso precepto, lógicamente, no habría sido necesario si en Cádiz se hubiera optado por arreglos como los propuestos por Foronda, que en este caso son de clara inspiración francesa: "Yo dividiría la España en 18 secciones quadradas, que se nombraran número 1, número 2,&. 6 para el Norte, 4 para el centro confinante con él; 4 para el Mediodía y 4 para el centro que limita con él [...]", y añade "Quitaría los nombres de Vizcaya, Andalucía, &como origen de disputas crueles, pueriles y funestas; pues los españoles debemos ser todos uno [...]". Pero, entre las soluciones apuntadas por los diputados gaditanos al tema territorial y las que sobre la misma cuestión apenas esbozara Valentín de Foronda en su escrito, media, como es sabido, una considerable distancia.

2.1. Juntas o cuerpos provinciales

Los territorios de "las Españas", como se acaba de decir, comparecen en el debate constitucional, así como en el texto definitivo que de él resulta. Y aunque relegados a un segundo plano, ya que se les antepone el sujeto nacional y es la nación la que se describe a través de ellos (art. 10) y la que, al final, de ellos

podrá disponer cuando las circunstancias políticas lo permitan (art. 11), lo cierto es que será en dicha Constitución donde de verdad alcancen reconocimiento. Dados los antecedentes, que tan sólo se remontan a unos pocos años atrás, seguramente no habría podido ser de otro modo. Iniciada la crisis de 1808, son unas juntas, primero locales y después provinciales, las que se arrogan poderes a la sazón desconocidos en uso de una soberanía que ejercerían expresamente en tanto no pudiera reasumirla el legítimo monarca, Fernando VII. Se concibieron, pues, y son palabras de Portillo, "como depositarias de la soberanía del príncipe, y no como soberanas por sí mismas". Fue entonces, precisamente, por medio de esos cuerpos provinciales, cuando los territorios adquirieron una considerable significación política que no tenían de ningún modo antes de aquella fecha, salvo, claro está, casos muy específicos como los de las Provincias Vascas, Navarra o Asturias.

Desde el principio, desde un momento tan temprano como noviembre de 1810, se intenta desde las Cortes controlar estos cuerpos a través de su regulación. La Central lo había pretendido antes. Pero no fue objetivo que se consiguiera ni pronta ni fácilmente. Las constituyentes gaditanas se encontraban ante un dilema de difícil resolución: manteniendo a estas juntas tal y como se habían originado se ponía en peligro, a juicio de muchos, toda la obra que se estaba proyectando en Cádiz; obra, según sus principales artífices, en la que no cabían de ninguna manera tendencias federalistas. Ahora bien, hacerlas desaparecer, sin más, tampoco resultaba factible. Primero por la consideración que se les debía; la nación que se estaba creando tenía mucho que agradecer a esos cuerpos provinciales. Y segundo, y más importante, porque si se les suprimía antes de tener una alternativa medianamente aceptable era más que posible que con dicha supresión se cancelara también cualquier tipo de comunicación entre los territorios y unas Cortes de dudosa legitimidad que por entonces apenas si comenzaba a dar sus primeros y más inseguros pasos. Había, por tanto, que integrarlas en el proyecto. Y, en efecto, así fue.

La verdad es que la integración se había favorecido, o se había tenido que favorecer desde la propia convocatoria a Cortes pues, recuérdese, en ella estaba prevista la asistencia de diputados que representaran a aquellas juntas constituidas al amparo de la reacción popular. En realidad, las que deben nombrar representantes, las juntas superiores de observación y defensa (hasta 17, una por cada una de ellas, de las que sólo trece llegaron a formar parte de las Cortes Generales), ya no se corresponden fielmente con las superiores de provincias

que decidieron en 1808 la formación de la Junta Central, aunque a todos los efectos se consideren sus sucesoras o, al menos, así las consideraba el que fue presidente de la Central, Gaspar Melchor de Jovellanos, cuyas palabras también nos sirven para ilustrar aquellas dos razones por las que las juntas no podían sin más cancelarse:

> Su admision a las próximas Cortes era un deber de gratitud y justicia, que la Junta Suprema se apresuró a desempeñar a nombre de la nacion. Una gran suma de reconocimiento era debida a los altos servicios de estos ilustres cuerpos, el heroico patriotismo con que frustraron la astucia y el poder del tirano en su primera y pérfida invasion, el generoso desinterés con que delegaron la soberana autoridad para fortificarla, reuniéndola en un solo cuerpo [...] Pero aun era debida mayor suma de consideracion al celo y a las luces que habían reunido en su seno, a la actividad y prudencia con que las habían empleado en bien de la patria, y a la experiencia consumada que habían adquirido en todos los ramos de la administracion pública. La nacion, pues, solemnemente congregada, verá con placer y gratitud a sus ilustres libertadores, y los oirá llena de consideracion y confianza cuando vengan a coronar en su augusto congreso la grande obra de la libertad que prepararon y promovieron en sus provincias.[12]

Pese a ello, pese a los elogios y reconocimientos, sabemos que las juntas, las provinciales que se crearon por la Península, nunca dejaron de percibirse como incómodos compañeros de viaje. Molestos, sí, pero al fin y al cabo, y una vez controlados mediante su normalización, colaboradores necesarios, así al menos parece que los veían, a la hora de impulsar el proyecto constitucional que se estaba fraguando en Cádiz. Consideración, por cierto, que de ningún modo se tuvo con las juntas, que de igual forma y por las mismas razones que en la metrópolis, intentaron constituirse por algunos territorios de la América española. Sobre el tema se ha extendido pormenorizadamente José Ma. Portillo. En su *Crisis atlántica*, a la que en este aspecto nos debemos remitir, describe el escenario, analiza la situación y da cuenta del descalabro que al final sufrieron con el beneplácito del gobierno de la metrópolis.

En cuanto a las juntas, las metropolitanas y no como es lógico las malogradas de América, no sólo se dispone su representación específica en Cortes, sino que además se prevé que desempeñen un papel de primer orden en el conjunto

[12] *Memoria*, 1992, II, Apéndices, p. 138.

del proceso electoral. Y así, por ejemplo, son sus presidentes los que reciben las convocatorias e instrucciones de la Junta Central, y de ellas, de las superiores de observación y defensa, surgen precisamente las juntas de *Presidencia* que dirigen las elecciones de los diputados provinciales en los correspondientes distritos. A tales efectos, España quedará dividida en 33 provincias o reinos, aunque sólo 32 tendrán asignados diputados y suplentes. Un diputado por cada 50 000 almas o fracción de 25 000 con arreglo al censo último de 1797, es la representación provincial prevista. Se calculan por la Península unos 208 diputados provinciales a los que habría que sumar los 17 (13, al final) de las juntas superiores y los 37 (28 fueron en realidad los elegidos) que debían asistir por las ciudades de voto en Cortes. La cifra se incrementaba con los representantes de América y Filipinas.

La efectiva presencia de la representación de Ultramar fue un asunto que preocupó a la Central. Quizá porque, previsto también que en ella hubiera una particular representación americana, ésta no se había logrado por razones técnicas. Sus miembros, en consecuencia, atendiendo al dictamen de la comisión de Cortes y a los informes elaborados por algunos de los componentes del Consejo de España e Indias, arbitran para la ocasión un sistema provisional de suplencias. No obstante ser debatido por la Central, es la Regencia la que finalmente regula el procedimiento, ampliando poco después el número de supuestos, pues en el mismo caso de América y de Asia se hallaban las provincias ocupadas por el ejército francés que desde agosto de 1810 eran en la Península la mayoría.

Un decreto, de 8 de septiembre de 1810,[13] cifraba en treinta los diputados suplentes americanos y filipinos, y en 23 las provincias peninsulares que tendrían que hacer uso del mismo mecanismo de suplencia. Así pues, de las 32 provincias o reinos que según las instrucciones de 1 de enero de 1810 debían designar diputados, 23 tuvieron que recurrir a la representación interina. De ser el caso, y en tanto no llegaran a incorporarse los propietarios, un único diputado, uno solo por provincia bajo gobierno bonapartista, representaría indistintamente a la junta superior, a la ciudad de voto en Cortes y a la provincia misma. Esta decisión de reunir las representaciones, a juicio de la Regencia, estaba más que justificada:

[13] Fernández, *Derecho*, 1992, II, pp. 605-615.

> Si el número de esta clase de suplentes fuese el mismo que las provincias en plena libertad habian de elegir conforme al que detalla y les asigna la Real instruccion de 1 de Enero de este año, excederia con los de Indias al de los verdaderos propietarios [...], la justicia, la política y la prudencia resisten un Congreso semejante, porque en los escogidos de entre un cortísimo número de naturales, sin intervencion de los representados, y sin las formalidades y justas precauciones establecidas con tanto estudio para que lleven su voz y el testimonio de su libre voluntad y confianza, por más que sean dignos y apreciables, *su representación es un invento que solo podrá justificar la necesidad y el interés de la Patria.*

Y en efecto, de un invento se trataba. De una componenda, al igual que la misma suplencia, que terminó siendo un arma de doble filo, pues si por entonces sirvió para que las sesiones de las Cortes se pudieran inaugurar con un número aceptable de representantes y provincias representadas, a medio plazo se convirtió en argumento decisivo en manos de aquellos que pusieron en solfa toda la construcción de Cádiz. Además en América, para la que originariamente se concibió, el sistema de suplencias se recibió como una ofensa, un agravio más que añadir a una ya larga lista.

2.2. La Junta Central o "la confederación del territorio"

El desarrollo de la guerra, los concretos problemas de avituallamiento, la falta de coordinación, la desaparición casi absoluta del tradicional entramado institucional, la inexistencia de un centro común desde el cual gobernar, y el convencimiento generalizado de que sólo la reunión de unas cortes nacionales podría salvar al país de la profunda crisis en la que estaba sumido, fueron algunas de las circunstancias tenidas en cuenta por aquellas juntas provinciales a la hora de decidir la formación de una Junta que, reuniéndolas a todas por medio de representantes, ejerciese las más importantes e imprescindibles funciones de gobierno. El 25 de septiembre de 1808, en Aranjuez, no sin los inevitables contratiempos, queda instalada la Junta Central Suprema y Gubernativa del Reino o Central de Gobierno, en nombre "del Rey nuestro Señor Don Fernando VII".

No parece que su primer presidente, el conde de Floridablanca, tuviera claro cuál fuera el origen concreto de la Junta que terminaría por presidir. El conde, en unas instrucciones que elaboró un mes antes de que se constituyera,

relacionaba de modo expreso a la Central con la "Suprema" de gobierno que había sido creada por Fernando VII antes de su salida de Madrid: "(que) señalen (decían las instrucciones) en el Palacio Real aquel salon que fuere más á propósito para las sesiones de la Junta, pudiendo valerse del mismo en que tenia la gubernativa que dexó establecida nuestro Rey el Señor Fernando VII con su Presidente el Señor Infante Don Antonio, á (la) qual se entenderá que sucede en todo la Central del reyno".[14]

Más allá de la anécdota, lo cierto es que nos hallamos ante una Junta, la Central, que actúa en nombre de un monarca ausente, Fernando VII; una Junta que, sintiéndose soberana en tanto la Corona no fuese restituida a su legítimo dueño, acuerda y dispone que se le dé el tratamiento de majestad, y cuyos miembros, al tomar posesión del cargo, juran la religión católica, la dinastía de los Borbones representada por Fernando y la conservación de los derechos, fueros, leyes y costumbres. Una Junta también en cuyo seno o, mejor, en el seno de una de sus comisiones o juntas auxiliares se va perfilando, frente a otras alternativas, la opción que finalmente triunfó de signo constituyente. Una Junta, por último, que para muchos sólo podría ser elegida, como de hecho ocurrió, por aquellas provinciales reunidas tras la reacción popular, pues en ellas exclusivamente residía la autoridad legítima. Las contradicciones se pusieron pronto de manifiesto. No pocos problemas le ocasionó a la Central este planteamiento de arranque sobre su legitimidad, con el que no siempre coincidieron sus decisiones y actuaciones posteriores.

El primero, apenas cinco días después de su instalación, se lo planteó un airado, al tiempo que desautorizado, Consejo que en una extensa y conocida "consulta" no sólo cuestiona su autoridad, sino también su legitimidad, pues expresamente pone en entredicho la legalidad de las propias juntas provinciales. No obstante, echando mano de las consabidas "circunstancias extraordinarias", el Consejo de Castilla llega "á reconocer en los vocales de la junta central una representacion de provincias que en otro estado de cosas negaría [...]". Ahora bien, reconocida la autoridad de la Central, el siguiente paso, a juicio del Consejo, tendría que concretarse en la "estincion de las juntas provinciales, las quales deben considerarse no necesarias formada ya la suprema central del reyno, respecto de residir en ella depositada toda la autoridad de nuestro amado monarca el señor D. Fernando VII, sin poderse dividir ni partir, á que

[14] Fernández, *Derecho*, 1992, I, pp. 341-343.

es consiguiente el que cesen en el exercicio de la que han tenido dichas juntas [...]".[15] Y aquí, en las juntas provinciales precisamente, radica el segundo y más importante de los problemas con los que se tuvo que enfrentar la Central a lo largo de su existencia.

Las juntas, en contra de la opinión que manifestara Jovellanos en octubre de 1808 y que luego matizaría, no llegaron a disolverse. Su razonamiento, "deberán cesar desde luego, puesto que habiendo delegado el poder que tenían del pueblo en sus diputados al gobierno central, quedan por el mismo hecho sin él", quedaba invalidado ante el indiscutible hecho de que aquéllas no creyeron haber perdido, por la formación de la Central, ni un ápice de la legitimidad que blindaba su poder. Por ello se resistieron a convertirse, tal y como preveía el reglamento de la Central de enero de 1809, en meros instrumentos en manos de un gobierno centralizado que, por otra parte, nunca pudo llegar a consolidarse. En este sentido, pues, el fracaso de la Junta fue estrepitoso. Su autoridad se deterioraba por momentos y, sobre todo, lo hacía a causa de la insubordinación de juntas como la de Sevilla que, incluso, se atrevió a presentarse por tierras americanas como el único gobierno legítimo de la Monarquía. Pero en la debacle de la Central no sólo participaron las juntas; su reiterada desobediencia, en realidad, sólo fue un factor más de entre los muchos que al final contribuyeron al descalabro de la Junta.

Tras la precipitada huida de Sevilla, la Central, a punto de sucumbir, se reinstala en la Isla de León el 27 de enero de 1810. El desenlace que es bien conocido no pudo ser más dramático. Con todo, quizá lo más reseñable de estos instantes finales sea la decisión que, ante las trágicas circunstancias, adoptara la junta provincial de Cádiz el mismo día 27: "que, para atender á la defensa de la ciudad y á su Gobierno, puesto que la Central ya no existia, se nombrase una nueva Junta investida de facultades soberanas". Y, en efecto, el 28 tal junta ya estaba constituida. Lo que quiere decir, en definitiva, que ésta y la Regencia, cuyo establecimiento se verificó el 31, tuvieron durante un tiempo que coexistir.

No quisiera extenderme sobre ello, pero tampoco me parece pertinente cerrar este apartado sin dar cuenta, aunque sea de forma muy concisa, de los efectos más inmediatos de aquella breve coexistencia. Y digo breve porque, a instancia de Wellington, que amenaza en nombre de Inglaterra con retirarse "por ignorar quién fuese en España la Autoridad Suprema", la junta de Cádiz,

[15] *Ibid.*, I, pp. 402-415.

sobre principios de mayo, procede al reconocimiento de la Regencia. Antes, el 31 de marzo, la Regencia había firmado un singular convenio con la Junta, cuyo contenido en resumidas cuentas era el siguiente: la Junta se haría cargo, con carácter provisional, de todas las rentas de la Corona incluyendo los caudales procedentes de América, y a cambio se comprometía a mantener al gobierno, así como a sufragar los oportunos gastos del ejército. Con esto basta para hacerse una idea de la importancia que adquiriera la junta de Cádiz e imaginar qué grado de influencia pudo llegar a ejercer sobre el gobierno de la Nación.

3. LA DIVISIÓN "MÁS CONVENIENTE DEL TERRITORIO ESPAÑOL"

En marzo de 1812, con la Constitución ya vigente, todavía no se habían iniciado los trabajos relativos a la nueva división provincial prevista en el artículo 11. También es cierto que, por entonces, las condiciones políticas aún no eran las más favorables; el retraso, pues, estaba justificado. De cualquier modo, en estas líneas no nos centraremos exactamente en el proceso de división, que se conoce suficientemente a través de los escritos por ejemplo de J. Burgueño, sino en dos cuestiones que, relacionadas con la futura organización provincial, se resolvieron sin esperar a que cambiaran las circunstancias. Los diputados de Cádiz tuvieron que decidir, y es la primera de ellas, qué provincias serían finalmente las constitucionales: la instalación de las diputaciones provinciales exigía un rápido acuerdo en este sentido. Con las diputaciones ya organizadas, y es la segunda cuestión, se debía proceder sin demora a la creación de los partidos.

El debate sobre las provincias constitucionales se inicia en el mes de febrero de 1812. La propuesta viene de la Comisión de Constitución que decide, partiendo de las treinta y dos provincias a efectos electorales, reducir su número a veintiuna. De la cifra inicial desaparecen las marítimas, salvo Asturias; se reducen a seis las 14 castellanas y se unifican las tres vascas. Se trataba, como dice Burgueño, "de una estrategia de igualación del tamaño provincial inverso al que se acabaría imponiendo, ya que tomaba como patrón de referencia los territorios más extensos y poblados". Como es fácil imaginar, no todos aceptaron de buen grado la propuesta, sobre todo si se tiene en cuenta que el efecto inmediato para las provincias extinguidas del plan de la comisión no era otro que la pérdida del derecho a constituir desde el principio su propia diputación. Los comisionados insistían tanto en el carácter provisional que tendría el

acuerdo al que se llegase, como en la necesidad, por justicia, "de aplicar a la Península los mismos criterios restrictivos que se empleaban para la instalación de diputaciones en América". Al final, las restricciones sólo afectaron a los territorios americanos, porque si allí sólo se instalan diputaciones

> en cada una de las provincias que expresamente se nombran en el artículo 10 de la Constitución, y además por ahora en la América Meridional, en el Perú la de Cuzco, en Buenos-Ayres la de Charcas, y en la Nueva-Granada la de Quito; y en la América Septentrional, en Nueva-España la de San Luis Potosí, á que se agregue Guanaxuato; en Goatemala otra que se fixará en Leon de Nicaragua con la provincia de Costa-Rica, y en la Isla de Cuba otra en Santiago de Cuba,[16]

en la Península, modificado el proyecto primero de la comisión, serán a última hora 31 (todas las electorales menos la de Toro) las provincias que podrán crear su correspondiente diputación hasta que la división del territorio español no se haga de verdad efectiva, lo que no ocurrió, como se sabe, hasta bien entrado el *Trienio*. Antes de que esto se produzca en enero de 1822, otras tres provincias de la Península alcanzan la condición de constitucionales: Cádiz, en diciembre de 1812, y, en el verano de 1820, Málaga y Santander.

Con la mayoría de las diputaciones establecidas, la división en partidos no admitía más demoras. La urgencia estaba justificada por dos razones: primero, porque los partidos eran piezas esenciales en el proceso electoral previsto en el título III de la propia Constitución y, segundo, y a nuestro objeto más importante, porque fueron constituidos como sede de la justicia de primera instancia. Una justicia que tendría que hacerse presente en el conjunto del territorio pues, en agosto de 1811, habían quedado incorporados a la Nación los señoríos jurisdicciones, procediéndose "al nombramiento de todas las Justicias y demas funcionarios públicos por el mismo órden y según se verifica en los pueblos de realengo".[17] Esa justicia primera, aunque regulada en octubre de 1812 y en las teóricas manos de jueces profesionales, seguiría estando impartida, ante la imposibilidad material de nombrar a los previstos jueces de letras, por "los

[16] Decreto de 23 de mayo de 1812, relativo al "Establecimiento de las Diputaciones provinciales en la Península y Ultramar", en *Colección*, 1987, t. I, pp. 523-525.

[17] Decreto de 6 de agosto de 1811, sobre "Incorporacion de los señoríos jurisdiccionales á la Nación, en *Colección*, 1987, t. I, pp. 217-220.

jueces de Real nombramiento, los subdelegados de Ultramar y los Alcaldes constitucionales de los pueblos".[18] Y es que, pese a las prisas, a finales de 1812 aún no se había procedido a la necesaria división de las provincias en partidos.

En esa labor previa de división desempeñarán un importante papel las diputaciones provinciales porque son ellas, "ó las juntas donde no estuviesen establecidas las diputaciones",[19] las que tendrían que hacer, "de acuerdo con la Audiencia, la distribución provisional de partidos en sus respectivas provincias", a fin de que en cada uno de esos partidos hubiera "un juez letrado de primera instancia, conforme al artículo 273 de la Constitución".[20] El procedimiento a partir de ahí está también regulado: concluida que sea la tarea primera de distribución, tendrán las diputaciones que comunicar su plan al Ejecutivo para que éste, con el pertinente informe, le dé traslado a las Cortes que serán las encargadas de la definitiva aprobación, a la que de inmediato sigue, al menos en teoría, el nombramiento de los correspondientes jueces profesionales de primera instancia.

La división no es que en realidad se dejara al arbitrio de las diputaciones. Unas reglas básicas existían: los partidos serán "proporcionalmente iguales, con tal que no baxen de cinco mil vecinos, teniendo presente la mayor inmediacion y comodidad de los pueblos para acudir á que se les administre justicia, y haciendo cabeza de partido el que por su localidad, vecindario, proporciones y demas circunstancias sea mas á propósito para ello", aunque se dejaba al juicio de aquéllas la resolución de los casos excepcionales que estaba previsto que aparecieran.

El proceso de instalación de jueces letrados y la división de partidos previa se comienzan a poner en marcha a finales de abril de 1813. En mayo, y mediante orden, se fija el plazo preciso que tienen las diputaciones para concluir sus trabajos: un mes desde que reciban la disposición siempre que la audiencia resida en la misma provincia, o dos máximo si la audiencia, de la que se requiere acuerdo, reside en otra distinta. Entre esta fecha y mayo de 1814 fueron sólo nueve las provincias que cumplieron todos los trámites en orden a

[18] Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia de 9 de octubre de 1812, en *Colección*, t. II, pp. 662-685.

[19] El supuesto se amplía en virtud de una orden de 2 de mayo de 1813, "Sobre la distribucion provisional de partidos y establecimiento de juzgados de primera instancia", en *Colección*, t. II, pp. 864 -865.

[20] Tanto ésta como las posteriores referencias proceden del Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia, ya citado.

su división. Otras los irían cumpliendo a lo largo del *Trienio*. Sin embargo, la aprobación en 1822 del nuevo mapa de provincias implicaría una vez más que a las diputaciones se les encomendara "el arreglo y demarcación conveniente de partidos", pues se sabía que, como resultado de la nueva organización provincial, "las líneas divisorias cortarán y separarán frecuentemente los pueblos que forman los partidos que hoy existen". En cualquier caso, no hubo posibilidad de emprender estos trabajos antes de la reacción absolutista de octubre de 1823.

4. DIPUTACIONES Y AYUNTAMIENTOS. LA IMAGEN DISTORSIONADA DEL CONSTITUCIONALISMO DOCEAÑISTA

En enero de 1812 se inicia el debate de la tercera y última parte del proyecto constitucional que comienza, precisamente, con el definitivo título VI relativo al "gobierno interior de las provincias y de los pueblos". Las diputaciones provinciales y los ayuntamientos constitucionales se convierten a partir de entonces en los principales protagonistas. Es más que probable que la discusión estuviera lastrada por circunstancias tales como el peso específico que aún tenían los cuerpos provinciales o la presencia activa de los propios territorios en el debate. Las probabilidades aumentan de manera considerable si a lo dicho añadimos que hubo diputados (quizá la mayoría, según el momento y la materia objeto de discusión) que se sintieron, y así lo pusieron de manifiesto algunos en más de una ocasión, comisionados de sus provincias antes que representantes de la Nación. Son datos, entre otros muchos, que tuvieron su importancia, y a los que, sin embargo, apenas si prestaba atención la historiografía más específica hasta hace poco tiempo y aún hoy, desde luego no de forma generalizada. Frente a los grandes avances que están suponiendo para la comprensión del diseño lo que en esta misma sede M. Lorente llama "lecturas americanas del constitucionalismo gaditano", las lecturas peninsulares mayoritariamente siguen estando aferradas a métodos miméticos de trabajo en los que, sin especiales distingos, se mezclan las diputaciones y los ayuntamientos de origen doceañista con aquellos otros y otras que surgieran avanzada ya la década de los treinta del siglo XIX. En este sentido, uno de los tópicos mejor asimilados en esas lecturas peninsulares es aquel que liga de modo inexorable al Estado liberal español, desde sus mismos inicios, con la idea de uniformidad, más que de

unidad, y con la de centralismo o utilización de técnicas centralizadoras. Desde esta perspectiva, y es la consecuencia también estereotipada, las diputaciones que se diseñan en la Constitución de Cádiz (y no tanto, según parece, los ayuntamientos constitucionales que eran los llamados a ser doblegados), resultaban elementos esenciales para la uniformidad dicha e instrumentos de centralización imprescindibles por su supuesta eficacia. Hay que reconocer, no obstante, que son teorías que tienen donde fundamentarse.

En el debate constitucional, *grosso modo* y en apretada síntesis, se mantuvieron dos posturas contrarias en relación con el que fue el punto más problemático relativo a la naturaleza de las diputaciones provinciales. Enfrentados, por un lado, los representantes americanos y algunos valencianos y catalanes y, por otro, el grupo de diputados que de hecho llevaba el peso de la elaboración del texto constitucional, todo parece indicar que fue la opinión de estos últimos la que terminó prevaleciendo. Estos constituyentes negaron en todo momento la posibilidad de que las diputaciones tuvieran carácter representativo y funciones de gobierno. Las diputaciones provinciales, según afirmaban, debían ser órganos dependientes del gobierno, agentes de él o sus instrumentos, con el objetivo único de promover, como diría finalmente la Constitución sin concretar demasiado, "la prosperidad de la provincia" (art. 325). Las diputaciones se nos presentan en el discurso preliminar que acompaña al proyecto de Constitución como "cuerpos puramente económicos", ligados irremisiblemente al Ejecutivo y, en consecuencia, distantes del Legislativo, de las propias Cortes. Unos cuerpos cuyos vocales podrán ser suspendidos en sus funciones por el Ejecutivo (art. 336), a los que se les limita el número de sesiones de manera considerable (art. 334). Cuerpos que, a pesar de las críticas, sólo estarán integrados por siete individuos a los que se les unen el intendente y el jefe superior, nombrados ambos por el Ejecutivo (art. 326). Es precisamente el jefe político quien preside la diputación y el que tiene encomendado, por mandato constitucional, "el gobierno político de la provincia" (art. 324).

Así dicho, los planteamientos que calificábamos de tópicos no parecen merecer la tacha. Y menos aún se nos podría decir que la merecerían si a lo anterior añadimos que al desarrollarse legislativamente la Constitución en este punto, se malogró, al menos en apariencia, cualquier iniciativa a favor de una descentralización de carácter político y/o administrativo; en concreto, dicha posibilidad quedaría abortada con la entrada en vigor de los artículos xvii (capítulo ii) de la Instrucción de 23 de junio de 1813 "para el gobierno econó-

mico-político de las provincias", según el cual las diputaciones debían "consultar con el gobierno y esperar su autorización para todas las providencias en que la ley exige este requisito, y en general para todos los casos y medidas de mayor importancia, se dirigirán todos sus recursos y comunicaciones por el conducto del gefe político su presidente", y su complementario, el XVI del capítulo siguiente: "El Gefe político será el único conducto de comunicación entre los Ayuntamientos y la Diputación provincial, como asimismo entre esta y el Gobierno [...], quedando responsable de cualquiera omisión ó dilación que hiciere con el fin de que (los proyectos, propuestas, informes y planes) no lleguen al Gobierno".

Con todo, es indudable que otras posibilidades, además de la del Estado unitario y centralizado, encuentran cabida y amparo en la propia Constitución de 1812. Y desde esta perspectiva, lo primero que llama la atención es la existencia de estrechos lazos entre el Legislativo y los cuerpos provinciales y municipales. Contra todo pronóstico, entre las Cortes, las diputaciones y los ayuntamientos se establecen vínculos. Los representantes en Cortes y los diputados provinciales, así como los miembros de los ayuntamientos, tienen todos en común el modo en que son designados. Todos lo son por decisión de un cuerpo electoral y mediante un proceso regulado de forma pormenorizada. Para mayor garantía, todos desempeñan sus respectivos cargos por un tiempo que la Constitución limita. Los diputados a Cortes y los provinciales, incluso, proceden de unas mismas juntas, también ellas de alcance constitucional. Además, los tres cuerpos, en espacios distintos y de diversas maneras, cumplen funciones de similar índole en lo que respecta a la defensa del orden constitucional recién instalado o restaurado en 1820. Naturalmente, las Cortes son las primeras (y únicas, técnicamente hablando) garantes de la propia Constitución. Pero junto a ellas, las diputaciones y los ayuntamientos como cuerpos, en sus respectivos ámbitos de competencia, se podría decir que tienen encomendada por diversas vías la función genérica de vigilar su observancia. Resumiendo, si se quiere entender en este punto el sistema diseñado en Cádiz, no es posible desligar a las Cortes de las diputaciones ni a éstas de los ayuntamientos, o bien a los ayuntamientos de las Cortes, mediando las diputaciones.

Más que instrumentos en manos del Ejecutivo, las diputaciones y los ayuntamientos, parece que se conciben, o que se desenvuelven al menos, justamente, frente al gobierno y en calidad de agentes de las Cortes mismas. Quizá por esto son las Cortes, desde el principio, las únicas que pueden disolver una

diputación, no obstante ser prerrogativa del Ejecutivo la suspensión cautelar de sus miembros, así como también tendría explicación el que a lo largo del *Trienio*, aunque otras circunstancias asimismo pudieron darse, se considere que corresponde a las diputaciones, y no al jefe político, "el conocimiento de los recursos y dudas que ocurran sobre elecciones de los oficios de Ayuntamientos", así como "de los que se hagan sobre excusas y exoneración de los oficios municipales". Pero avancemos algo más en la materia y veamos algunas otras de sus funciones.

Recuérdese que la consigna entre los diputados, entre un grupo de ellos, el más significativo sin duda era que estos cuerpos "puramente económicos", los provinciales en concreto, ni tenían carácter representativo ni funciones de gobierno. El gobierno político de la provincia, como ya se dijo, estaba en manos del jefe superior, nombrado por el Ejecutivo, así como el de los pueblos terminaría residiendo en el alcalde, elegido mediante procedimiento electoral, "bajo la inspección del Gefe político superior de la provincia". Sin embargo, y a pesar de las opiniones que prevalecieron entre los constituyentes, desde muy pronto se advierte que en determinadas materias las funciones de la diputación son precisamente de gobierno y no, como se pretendía, de mero auxilio o consejo. Y así, en esas materias, haciendo buena la fórmula según la cual en la normativa gaditana, como dicen M. Lorente y C. Garriga, "decide quien responde", la responsabilidad por las decisiones tomadas debía recaer en la diputación misma y no en su presidente. Según la Instrucción de 1813, esas funciones habrían de ser las relativas "a la intervención y aprobación de cuentas y repartos de contribuciones". Por el contrario, las providencias adoptadas por la diputación en materias en las que éstas sólo están encargadas de "cuidar, velar, promover o fomentar las cosas pertenecientes al bien público", son resoluciones, y seguimos con la Instrucción (concretamente, es el artículo XV del capítulo III), del jefe político y por tanto de su exclusiva responsabilidad.

Una vuelta de tuerca se da sobre este punto nada más iniciarse el *Trienio Liberal*. En 1820, en vigor otra vez la Constitución de 1812, el tema de las diputaciones y, sobre todo, el asunto concerniente a las relaciones entre ellas y los jefes políticos, se convierte en prioritario. Las reclamaciones de los cuerpos provinciales sirvieron de detonante. En julio de dicho año, a una comisión especial nombrada por las Cortes se le encarga la reforma de la Instrucción de 1813. Su objetivo no es tanto elaborar una ley nueva como determinar las bases concretas de la Instrucción, modificándolas si fuera necesario. Y en ese sentido,

la comisión considera que, de modo imprescindible, sí hay dos reformas a introducir en el texto: en primer lugar, habría que aclarar y precisar con mayor detalle cuáles sean las facultades de las diputaciones en aquellos asuntos en los que la Constitución les encarga cuidar, velar, promover y fomentar las cosas pertenecientes al bien público. Asimismo, y sería la segunda reforma a incluir, se tendrían que establecer medios a fin de facilitar la comunicación directa (es decir, sin la intervención del jefe político) entre las Cortes y las diputaciones, así como entre éstas y los ayuntamientos.

El proyecto, que ya será de 1821, se abre con unos preliminares al uso en los que se explica el porqué de las diputaciones:

> Como confiado el Gobierno superior de las provincias a los jefes políticos, se podía temer que la prosperidad y fomento de aquéllas dependiesen del impulso del gobierno [...], la Constitución para ocurrir a este mal crea al momento y de nuevo otros cuerpos populares que, formados periódicamente por la libre elección de las provincias, no teniendo dependencia del gobierno y estando por otra parte interesados inmediatamente en el bien general de los pueblos, sirvan como antemural para que aquél jamás pueda frustrar la diligencia de éstos a favor de su felicidad.

Para determinar, a continuación, el significado preciso de esos verbos a los que antes nos referíamos: cuidar, velar, promover y fomentar, sobre los que se dictamina que todos ellos "envuelven el ejercicio y la diligencia de aquel a quien se confía el cuidado, y en el caso presente significan la aplicación del poder en su esfera"; siendo así, sigue afirmando la comisión, y subrayo la consecuencia, el contenido de aquel artículo xv, del capítulo iii, de la Instrucción de 1813, podría ser contrario "a la letra y al espíritu de la Constitución", pues las funciones de las diputaciones en tales materias no pueden ni deben quedar reducidas al "mero consejo dado a una autoridad". Si así fuese, "si regir fuese proponer o aconsejar", nada de nuevo se hubiera concedido a los españoles en la Constitución sobre este punto, "y con verdad podría decirse que las diputaciones provinciales encargadas del régimen económico de las provincias no son más que unas sociedades de amigos del País"; sin embargo, "por felicidad nuestra no es así", concluyen los comisionados.

Consecuentemente, en materia de responsabilidad, el proyecto establece que cuando la decisión adoptada por el cuerpo provincial recaiga sobre asuntos de naturaleza política o se trate de aquellos en los que, por ley, sólo se requiere

el informe de la diputación, la autoridad y la responsabilidad las asume el jefe político en exclusiva. Por el contrario, las diputaciones son las únicas responsables de las decisiones adoptadas por la mayoría de sus miembros (cinco al menos para tomar acuerdos, de los cuales han de ser diputados como mínimo cuatro) en asuntos de índole económica como pudieran ser los que versen sobre propios y arbitrios, pósitos, montes y plantíos, cuentas de estos ramos y demás fondos públicos, o contribuciones; asimismo, y con carácter general, la responsabilidad también recae en las diputaciones cuando, por disposición legal, se encuentre encomendada de modo directo a ellas la materia sobre la que se decide. En definitiva, el gobierno político de la provincia reside en el jefe político, en tanto el gobierno económico, de un alcance superior al supuestamente previsto, es función del cuerpo provincial. Parece que las diputaciones, al final y a la vista de este proyecto, no fueron esos meros cuerpos económicos a los que se referían los constituyentes, o mejor y, sin duda, más correcto: afirmar, como lo hicieron los diputados en 1812, que la diputación debía ser un "cuerpo puramente económico" era decir entonces mucho más de lo que hoy podamos entender utilizando la misma expresión. Y así, con ese mayor alcance, se debió interpretar por los liberales del *Trienio*.

La atención prestada a este proyecto, que nunca perdió la condición de tal, está justificada ya que en él se localizan las bases de la futura Instrucción "para el gobierno económico-político de las provincias", de 3 de junio de 1823, a la que ya hemos recurrido varias veces. Dicha Instrucción, brevemente vigente en este periodo liberal, fue restablecida en tres ocasiones más: en 1836, 1840 y 1854. La contundencia del proyecto, también es verdad, no se transmite a la ley, aunque sí se mantiene en la misma línea descentralizadora, resolviendo al fin, entre otras cuestiones, el espinoso asunto tantas veces reclamado de la comunicación directa entre cuerpos (nacional, provincial y local), sin la intervención por tanto del jefe político. Y así se establecerá, por ejemplo, que "La Diputacion se entenderá derechamente con los Ayuntamientos, y con otras Autoridades, corporaciones y particulares" (art. 160); que "los Ayuntamientos y los particulares podrán entenderse directamente con las Diputaciones provinciales en los negocios que pertenezcan á las atribuciones de estas" (art. 163); y que, aun cuando lo ordinario sea que "Las exposiciones, expedientes y demas que remitan las Diputaciones provinciales á las Cortes ó al Gobierno" pasen a través del jefe político, "podrán las Diputaciones acudir derechamente á las Cortes cuando sea en queja del Gobierno ó del Gefe político, y al Gobierno

cuando sea en queja del mismo Gefe político. También podrán entenderse derechamente con las Cortes o con el Gobierno, cuando lo estimen conveniente, por motivos graves ó circunstancias particulares" (art. 164).

En fin, y es una de las conclusiones a las que pretendíamos llegar, soluciones descentralizadoras como las que se formulan en la Instrucción de 1823, aunque (y es algo también discutible) pudieran ir más allá de los proyectos inicialmente concebidos y de los objetivos propuestos originariamente, no estaban en absoluto fuera del marco constitucional. El carácter complejo de la representación que se diseñara en la Constitución de 1812, no digo que alentara, pero sin duda sí allanaba el camino para que tal tipo de desenlace fuera posible constitucionalmente. Si la representación nacional corresponde a las Cortes, las instituciones representativas en el ámbito provincial son las diputaciones, así como, en el local, lo son los ayuntamientos. De éstos, por otra parte, terminarán dependiendo, ya durante el *Trienio*, los cuerpos de milicianos apoderados de modo expreso para la salvaguardia de la Constitución.

En efecto, las milicias locales, cuerpos armados y civiles que se constituyen mediante las Ordenanzas de 29 de junio de 1822, tienen por principal objetivo sostener "la Constitución política de la Monarquía promulgada en Cádiz en 19 de Marzo de 1812, y restaurada en Las Cabezas de San Juan en 1º de Enero de 1820". En ellas cumpliría servicio "todo español desde la edad de 20 años hasta la de 45 cumplidos, que esté avecindado y tenga propiedad, rentas, industria ú otro modo conocido de subsistir, á juicio del Ayuntamiento, o sea hijo del que tenga alguna de estas circunstancia" (art. 1), estando bajo las órdenes "de la Autoridad superior política local, que en todo caso grave obrará de acuerdo con el Ayuntamiento respectivo" (art. 168). No obstante asumir la autoridad superior (que en las capitales era el jefe político) el mando directo de los cuerpos armados locales, lo cierto es que, más que de él, estas fuerzas dependerán de los correspondientes ayuntamientos pues no en vano serán ellos los que cuiden "de la organización, reemplazo, armamento, fondos [...], y demás atenciones (art. 166), los que decidan admitir o expulsar a los individuos de la milicia (art. 171) y ante los que deberá nombrarse a los vocales del "Consejo de Subordinación y disciplina" (art. 44), encargado de "sostener el orden é igualdad en el servicio" y mantener, como su propio nombre indica, la disciplina en cada batallón, escuadrón o cuerpo (art. 100).

El protagonismo indiscutible de los ayuntamientos en el supuesto concreto no implicó que las diputaciones, que eran las que podían "poner sobre las armas

los cuerpos de la Milicia nacional activa de sus respectivas provincias", quedaran por el legislador relegadas en lo que respecta al tema de las milicias locales. Si son los primeros los que se encargan de armar a esos cuerpos de milicias, las diputaciones son las que supervisan el armamento, las que aprueban las propuestas que a tal fin presentan aquéllos y las que se comunican con las Cortes si la situación en algún momento lo requiere. Es la diputación la que resuelve las dudas que puedan originarse con la aplicación del texto que regula a la milicia local, así como también es el órgano que conoce de los agravios y quejas dirigidas por los particulares contra las actuaciones y determinaciones de los correspondientes ayuntamientos. En ambos casos, la decisión que adoptara la diputación es inapelable; sin embargo, está previsto el supuesto de que sean las propias diputaciones las que soliciten aclaraciones o resoluciones a las Cortes mismas. Una vez más: Cortes, y no gobierno (Legislativo y no Ejecutivo), diputaciones y ayuntamientos. Entre dichos cuerpos se establecen las relaciones y los vínculos, aunque lo negaran con vehemencia aquellos diputados a los que nos referíamos al inicio, entre otras razones, y según parece, por miedo a que un supuesto federalismo pudiera hacerse efectivo.

Que se estuviese fraguando de algún modo un sistema de carácter federal, era una eventualidad rechazada expresa y reiteradamente por los constituyentes gaditanos. Algunos diputados expresaron abiertamente sus recelos. Temían que un hipotético federalismo se pudiese extender por tierras americanas y, asimismo, temían que un cierto provincianismo, de tendencias federalistas, se propagara por la Península dando al traste con el orden constitucional recién instalado. En cualquier caso, se insistía, la Constitución, el proyecto que se discutía, no dejaba resquicio alguno por donde tales tendencias pudieran introducirse. Pero es tanta la reiteración y a veces tan forzados los argumentos que, más que convencernos, nos hacen sospechar que la posibilidad que se negaba era más que probable que en la práctica se afianzara. Sea como fuere, no es tema, éste del federalismo, con el que pretendamos cerrar estas páginas. La verdad es que las últimas líneas irán por otro camino.

Tengo el convencimiento, y así lo he intentado poner de manifiesto, de que el diseño territorial proyectado en Cádiz ni fue centralizador en sentido estricto ni se concibió en términos de uniformidad excluyente, es decir, de nación representada en cortes que excluía territorios. Ni una cosa ni otra, pese a que algunos influyentes diputados lo pretendieran, podían darse bajo el amparo de una Constitución elaborada por unos constituyentes que, no obstante innovar

como de hecho lo hicieron y se ha podido comprobar, aceptaron e hicieron suyas significativas herencias del anterior régimen, aunque la aceptación dicha sólo se produjese, y es expresión de nuevo de M. Lorente y C. Garriga, "a beneficio de inventario".

No sólo se hereda todo un aparato de justicia, sino que también se mantiene, en la Constitución misma, la concepción jurisdiccional propia del Antiguo Régimen. De igual modo, se hereda un sistema corporativo y los cuerpos, sean o no de nueva factura, resultan, dadas las funciones económicas que se les atribuyen, relativamente autónomos frente al orden político, pues en 1812 *lo económico* y *lo político* son términos que se entienden e interpretan en sentido tradicional. A la vista de estos presupuestos, ¿qué centralización es la que cabe? ¿De qué administración se habla cuando algunos autores se refieren a la *central* y al control que ésta pudo o no ejercer sobre la *territorial*, vigente la Constitución de 1812? Es posible que sea en las figuras del intendente y del jefe político donde aprecien el origen del control y de la centralización que defienden. Si así fuese, no estaría de más recordar lo que sobre los intendentes, en concreto, dejó apuntado en 1821 un contemporáneo como Cangas Argüelles: "La falta de jurisdicción coactiva que en materia económica y sobre los empleados ejercían hasta aquí los intendentes hace nula su autoridad para el cobro de los fondos públicos. Es preciso conocer que la depresión que ha sufrido la autoridad de los jefes económicos de las provincias es la causa principal del entorpecimiento que padece la parte administrativa de las rentas y contribuciones". Intendentes, por tanto, sin poder efectivo, que además suelen estar enfrentados con los jefes políticos; intendentes o jefes económicos de las provincias, concluye Cangas Argüelles, que "tímidos por el influjo de las diputaciones marchan con miedo y se sobresaltan a la vista de éstas, cuyo poder les aterra".[21]

No son las palabras del ministro de Hacienda las únicas que en este sentido se pueden traer a colación. Reparen, por ejemplo, en la opinión que le merecía a Alejandro Oliván, en la década de los cuarenta del XIX, el diseño de la Constitución de 1812 en su conjunto:

> Según las ideas que redujeron a práctica, una Asamblea nacional legislaba, mandaba y administraba en el Estado, otra provincial gobernaba y regía las provincias, y otra local dirigía los pueblos, en orden de gradual dependencia. Al lado de la primera,

[21] Artola, *Hacienda*, 1986, pp. 89-90.

> y a su sombra, había un trono sin el necesario poder; al lado de la segunda, un jefe político sin la competente autoridad, y al lado de la tercera, un alcalde sin libre movimiento. A poco de nacida esta concepción democrática, se procuró corregirla algún tanto en el sentido de dar cabida a la concentración y unidad de acción administrativa; mas la Ley de 3 de febrero de 1823, hoy vigente, le restituyó con largas usuras su pristina tendencia y carácter, que fue retroceder en vez de adelantar.

También se ocupa Oliván de los "Principios que deben regir respecto a corporaciones populares", el primero de los cuales sería que a éstas "nunca conviene atribuirles funciones de ejecución", y añade que

> Si se considerase a los cuerpos colegiados aptos para obrar, sería lógico y consecuente el darles lugar y acción en toda la escala del orden social. Si en la categoría inferior se pusiesen Ayuntamientos activos y en la superior Diputaciones Provinciales con igual carácter, ¿por qué no colocar en la suprema otra corporación que gobierne y administre, como las Cortes en el régimen de 1812, o como los Consejos en la antigua Monarquía?[22]

Son reflexiones, en definitiva, que nos ponen sobre la pista de lo que en realidad fue Cádiz o, si se quiere, de lo que no era posible conseguir estando vigente el sistema doceañista.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La producción bibliográfica generada sobre este periodo de la historia de España, con carácter general, es numéricamente de tal calibre, a la vez que dispar, que no cabe, en unas breves líneas, ni tan siquiera una primera aproximación a ella. La Biblioteca virtual Miguel de Cervantes ofrece portal (Fernández Sarasola) y títulos digitalizados. Asimismo, y en relación concretamente con la guerra de la Independencia, Maestrojuán Catalán (2001-2002), proporciona una completa relación hasta esa fecha de títulos relativos a la materia. Es un inventario, en cualquier caso, que exige una puesta al día porque, con ocasión del bicentenario, las aportaciones sobre el tema se han incrementado considerablemente

[22] Oliván, *Administración*, 1954, pp. 245, 254-255.

durante los dos últimos años. Ahora bien, si de lo que se trata es de la implantación en España del gobierno de José I, en cualquiera de sus aspectos, el saldo, cuantitativamente, se reduce de manera notable. Tanto es así que la lista, en la práctica, la podríamos reducir a una tesis doctoral, la de Abeberry Magescas (2001), a una recopilación de textos a la que precede un estudio preliminar de Fernández Sarasola (2007) y a dos artículos, uno de Busaall (2006), y otro, con un novedoso planteamiento, de Martínez Pérez (2008). No obstante estos recientes trabajos, los datos para el desarrollo del tema en concreto, así como la bibliografía, proceden de una ya antigua monografía cuyos planteamientos, hoy por hoy, los seguimos creyendo válidos (Muñoz de Bustillo, 1991).

De igual modo, también son nuestras las aportaciones que sirven de base para el desarrollo de la segunda parte, es decir, la que se refiere a las juntas provinciales (Muñoz de Bustillo, 1997, 2002) y a las diputaciones y ayuntamientos constitucionales (Muñoz de Bustillo, 1997, 1998), aunque en este caso, las diputaciones principalmente, se contemplan desde otra perspectiva. En estas páginas falta, sin duda, un epígrafe específico sobre América. Sin embargo, bibliográficamente, esta laguna se puede salvar en parte con los dos títulos que al objeto incluimos en la relación. Las monografías de Morelli (2005) y Portillo (2006), además de la importancia que tienen por sí mismas, ofrecen también al lector interesado una extensa bibliografía en la que están incluidos autores como A. Annino, J.C. Chiaramonte y F. X. Guerra, cuyas obras resultan fundamentales para el desenvolvimiento de la vertiente americana de la materia en cuestión.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Artola, Miguel, *La hacienda del siglo XIX. Progresistas y moderados*, Madrid, Alianza Editorial-Banco de España, 1986.

Burgueño, Jesús, *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz, Madrid, Cortes Generales, 1987, tt. I y II.

Fernández Martín, Manuel, *Derecho parlamentario español*, 3 vols., Madrid 1885-1900 (ed. facs., Madrid, Congreso de los Diputados, 1992).

Gaceta de Madrid, Madrid, 1661-1898.

Ligeras Observaciones sobre el proyecto de la nueva Constitución, Coruña, septiembre 24 de 1811.

Jovellanos, Gaspar Melchor de, *Memoria en defensa de la Junta Central*, estudio preliminar y notas de José Miguel Caso González, 2 vols., Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1992.

Oliván, Alejandro, *De la administración pública en relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.

Siglas

AMJ, Archivo Municipal de Jerez de la Frontera.

AMPSM, Archivo Municipal de El Puerto de Santa María.

BMJF, Biblioteca Municipal de Jerez de la Frontera.

III. POTESTADES Y PODERES. ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA

DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Fernando Martínez Pérez
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. "Que veinte años no es nada". Estado de la cuestión sobre la historia de la justicia hispana. 1.1. De la administración de justicia al poder judicial. 1.2. La acuñación de insatisfactorios esquemas interpretativos. 1.3. Irrelevancia política del Tercer poder. 1.4. Connotaciones y asociaciones. Justicia profesional letrada vs. Justicia ciudadana lega. 2. Una distinta historia. De la potestad jurisdiccional a la administración de justicia 2.1. El aprovechamiento de los presupuestos de una historiografía jurídica crítica. La constitucionalización de la justicia. 2.2. Justicia de calidades. Dispositivos institucionales de una cultura jurisdiccional. 2.2.1. Calidades de los jueces. 2.2.2. Calidad de los juicios. 2.3. Juzgar sin ser juzgado. La dimensión política de la jurisdicción decimonónica. 2.4. Traducciones institucionales. Supremos Tribunales. 2.5. "Apropiación", reconocimiento y expropiación de la justicia. 3. Epílogo: "Miedo al encuentro con el pasado que vuelve".– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

1. "QUE VEINTE AÑOS NO ES NADA". ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA HISTORIA DE LA JUSTICIA HISPANA

1.1. De la administración de justicia al poder judicial

Hace cerca de veinte años, con motivo de la celebración de la efeméride revolucionaria francesa, Tomás y Valiente resumía en un trabajo titulado "De la administración de justicia al poder judicial" los principales rasgos de la transición de la justicia desde el Antiguo Régimen al Estado liberal.[1] Quien reco-

[1] Tomás y Valiente, "Administración", 1990.

nocemos hoy como inspirador de la historiografía constitucional crítica mostraba una mirada sobre la reconstrucción de una historia de lo judicial que entonces no podía dejar de obedecer a un paradigma de historiografía biempensante y políticamente correcta. Porque doscientos años habían pasado desde la Revolución, pero sólo una docena desde la recuperación del tracto constitucional en España. Este segundo era el aniversario más significativo entonces. Aquel bicentenario se mostraba como ocasión propicia para volver a reforzar, desde la historia, la identificación de la experiencia setentayochista con unos principios y fundamentos de un único constitucionalismo liberal-progresista-democrático que se suponían ya seculares. En último extremo, interesaba acentuar la enunciación de los principios y dogmas basilares de un constitucionalismo contemporáneo de referencia francesa contra el recuerdo de una dictadura que los había negado.

En este contexto, la cesura revolucionaria se parangonaba con el momento gaditano como origen de la España contemporánea. Los textos fundamentales producidos en el ochocientos permitían a los juristas de las últimas décadas del siglo xx afirmar que en 1810 ya se contaba con la enunciación de aquellos principios. Semejante proyección no se hacía sólo por los estudiosos de derecho positivo, y especialmente por los constitucionalistas españoles más precisados de inventar una nueva tradición disciplinar, sino que de esta misma proyección participaban los historiadores de todo tipo. Y en el terreno de lo judicial esto se concretaba en un plurisecular relato de las dificultades por las que se había pasado en España para la consecución de una justicia independiente, responsable, inamovible, vinculada a ley y entendida como poder constituido del Estado, y no como mero ramo de su Administración. En este sentido, "De la administración de justicia al poder judicial" era expresión que denotaba un atemporal conflicto para cuya caracterización no importaba mucho la cronología o la geografía.

Para la caracterización del proceso de constitucionalización de España se proyectaban los sentidos contemporáneos de dogmas y principios porque también se partía de una previa proyección en el pasado de una imagen (de nuevo peninsular) de una España constituida —materialmente— con todos los caracteres de un Estado moderno. La naturalización y salto en el tiempo de las categorías constitucionales venía favorecida por la también naturalización de las precomprensiones de una historia institucional asentada sobre la continuidad de un paradigma historiográfico estatalista forjado decimonónicamente por historiadores como Lafuente y revalidado en el siglo xx por otros como

Maravall. La justicia como función individualizada del Estado, diferente a legislativa y gubernativa, pero confundida en unas mismas manos institucionales, y administrada en nombre de un rey absoluto podía rastrearse para una España considerada como Estado moderno y pensada como realidad fundamentalmente peninsular antes de la cesura revolucionaria. El guión decimonónico de una historia sobre el surgimiento del Estado de Derecho, redactado por la publicística alemana decimonónica, seguía sirviendo a finales del siglo XX en España para escribir el *remake* historiográfico de sus orígenes constitucionales.

Las hipóstasis de dogmas constitucionales y representación del Estado español de principios del XIX a las que acabo de hacer referencia, han rebasado el contexto político que las produjo. Al cabo de veinte años, y ante la proximidad de la celebración de nuevas efemérides, comprobamos la actualidad del canon historiográfico que entonces se forjó sobre el tema que aquí me corresponde tratar, que se repite en los trabajos de las disciplinas jurídicas y que comparten los estudiosos que pudiéramos ubicar en disciplinas históricas. Este estilo consiste en presentar como dato previo aquella representación del Estado absoluto y moderno español para, sin aparente solución de continuidad, hacer ver las enunciaciones de principios constitucionales que se pensaban ya formulados en los textos producidos a partir de 1810 destinados a operar sobre aquella realidad y a transformarla por el mero hecho de haber sido verbalizados. Así pues, hace veinte años, como hoy en día, en las reconstrucciones de la historia judicial española se suponen ya operativos, por lo que aquí interesa, los principios de separación de poderes, de unidad y exclusividad de la jurisdicción, de su vinculación a una ley entendida como expresión de la voluntad general de la nación, y de la independencia, inamovilidad y responsabilidad de los jueces respecto del estatuto del juez y la organización y funcionamiento de los tribunales.

1.2. La acuñación de insatisfactorios esquemas interpretativos

Sin embargo, la (mejor dicho, aquella representación historiográfica de la) realidad del Estado absoluto español de finales del Antiguo Régimen se mostraba pertinazmente resistente a ser transformada por aquellos principios. Del encuentro entre estas dos "realidades": la de la enunciación de los principios liberales, por un lado, y la de la situación de la justicia española de finales del

Antiguo Régimen, por otro, resultaba una serie de efectos que se explicaban acudiendo a una suerte de esquemas interpretativos de tipo binómico que aludían a la distancia entre diseño y realidad, teoría y práctica, modelo y su aplicación, pero también —atendiendo a la precomprensión sobre las coordenadas de las realidades representadas— a la diferencia entre las circunstancias de España y América. Como he apuntado en otro lugar,[2] la aparente contradicción entre algunos de aquellos principios entre sí, o con la práctica institucional de los años del experimento gaditano, suele comprenderse como el resultado de una solución de compromiso con las resistencias materiales de un mundo todavía anclado en el Antiguo Régimen, o como una patología propia de aquellos tiempos o, incluso, como la falta de sinceridad de los padres del primer constitucionalismo español. De las ocasiones en las que se acude a este tipo de interpretaciones no faltan ejemplos referidos a la justicia del primer constitucionalismo español. Bastaría con traer a colación los dos más recurrentes.

El primero tiene que ver con lo que parece una antinomia constitucional, entre la norma que, por un lado, determina la separación de Poderes legislativo, ejecutivo y judicial; y, por otro lado, el precepto que, en sede de Gobierno Económico y Político de los pueblos, atribuye funciones jurisdiccionales a los alcaldes constitucionales.

El segundo ejemplo que se trae a colación consiste en la valoración de la depuración personal que acompañó el cambio de régimen político —o, andando el siglo, del cambio político del régimen—. El cese, la jubilación forzada, la declaración de interinidad de los empleos de jueces y magistrados se suponen incompatibles con un régimen constitucional que establece los principios de independencia e inamovilidad judicial. Es por ello que estas depuraciones se suelen interpretar como la contradicción entre los preceptos constitucionales que establecen estos principios en teoría, y una práctica social e institucional que los desconoce abiertamente. Incluso se llegará a formalizar esta aparente patología de la administración de justicia cuando, por ejemplo, se establezcan escalafones de cesantes destinados a ocupar, por turnos, los empleos de judicatura.

Adviértase, sin embargo, que en este caso, pero también respecto del anterior, puede llegar a aventurarse una explicación que estriba en la afirmación de la intromisión del Poder ejecutivo en el funcionamiento de la justicia, acaso

[2] Martínez, "Juzgar", 2006.

como resabio del que se considera sobreentendido absolutismo propio del Antiguo Régimen. Esta intromisión sería indicativa de una fase todavía muy incipiente en el proceso de construcción del Estado liberal y de Derecho. Dicho de otra manera, la llamada "confusión" de lo gubernativo y lo contencioso en la fijación de las competencias de los alcaldes, o lo que se entiende como aplicación del principio *durante beneplácito* previo al *quamdiu se bene gesserint*, pueden suponerse consustanciales a un modelo de justicia propio de una monarquía administrativa o de un Estado de policía, absoluto si se prefiere, pero que son anacrónicos respecto de un Estado constitucional. Entonces, la antinomia constitucional del primer ejemplo o el *décalage* entre teoría y práctica del segundo se comprenderían como manifestaciones de un momento de ruptura en el que los nuevos principios constitucionales no habían logrado aún imponerse a un mundo de la gestión del poder todavía antiguo. De manera que la interiorización en la cultura constitucional de tan manidos dogmas habría de ser el resultado de un largo y difícil proceso que aunque anunciado en 1812 no podría sino comenzar a asentarse con la ley de 1870.

1.3. Irrelevancia política del Tercer poder

Otra consecuencia de aquel paradigma historiográfico tiene que ver con la irrelevancia política concedida a la función judicial y, por extensión, a las instituciones y actores que se califican como judiciales, de las que no se supone que desarrollaran un papel protagonista en la crisis del Antiguo Régimen del mundo hispano. Esta consideración está asentada, en primer lugar, en lo que podemos calificar como una consecuencia del proceso de naturalización y proyección de principios constitucionales. En segundo lugar, a relativizar la importancia de función e instituciones judiciales, también conspira la reconstrucción de una historia política de las independencias (peninsular y ultramarina) en la que los tribunales quedaban mal parados por la tibieza mostrada en tan extraordinarias circunstancias.

Fruto de todo ello es que se traslade al escenario hispano la idea de que la función jurisdiccional es función políticamente nula (y si se formula de otra manera obedece a una rémora premoderna), toda vez que es el ejercicio de la potestad legislativa el instrumento mediante el que se opera el proceso revolucionario de la transformación de la sociedad política. Y el traslado no es de cualquier ejercicio de potestad legislativa, sino la que tiene que ver con un concepto

formal de ley, emanación de la voluntad de una sociedad política como conjunto de individuos políticamente activos. La transferencia de estas precomprensiones genera una serie de consecuencias que tienen que ver, de entrada, con una selección de las fuentes, y de métodos para aprovecharlas, que se asumen convencionalmente. Esto se traduce en una preferencia por las fuentes normativas que sirven a la reconstrucción de determinadas instituciones (las parlamentarias) y procesos (los electorales), pero que se aprovechan además como si todas ellas pertenecieran al universo conceptual de un contemporáneo ordenamiento jurídico (lo que permite disolver las obvias diferencias entre géneros de literatura jurídica y hacer pasar, por ejemplo, la *Novísima Recopilación* por un Código). El legicentrismo que califica el constitucionalismo francés, y que se predica de lo que se considera el derivado constitucionalismo hispano, trae en fin como consecuencia que se asimilen los mecanismos nomofilácticos ideados en la experiencia revolucionaria francesa para la protección de ley, con algunos dispositivos hispanos. Y, así, por ejemplo, tradicionalmente se ha visto en el recurso de nulidad una versión hispana de la casación francesa;[3] o en la consulta de los tribunales superiores hacia las Cortes en caso de duda sobre la legislación una suerte de *référé legislatif*; e incluso se ha querido ver en la justificación que los jueces deben hacer para retener o pretender el conocimiento de un negocio (so pena de considerar voluntario el oportuno conflicto de competencias), una manifestación de la obligación de motivar los fallos.[4] Y si puede haber razones para alguna de estas identificaciones, éstas no terminan de explicar por qué la nulidad versa sólo sobre errores *in procedendo*, por qué la consulta tiene que ver sólo con la oscuridad sobre normas formularias, o por qué sigue manteniéndose la prohibición de expresar la fundamentación de las sentencias.

Y en fin, si lo jurisdiccional es políticamente irrevelante, si es función nula, las explicaciones que parten de este paradigma interpretativo dejan sin respuesta, o bien aportan respuestas no satisfactorias, a fenómenos particulares del constitucionalismo hispano. Entre estos fenómenos figura, por ejemplo, el que por su instalación (piénsese, por ejemplo, en los poderes para pleitos con los que los diputados acuden a la representación nacional), o por su actividad (recuérdese el casuismo que domina el funcionamiento no sólo de las Generales

[3] Moreno, *Orígenes*, 1990.

[4] Sainz, *Administración*, 1992.

y Extraordinarias sino también del Congreso del Trienio liberal), las Cortes en la España de la primera mitad del XIX puedan llegar a parecerse mucho a los antiguos tribunales de la Monarquía, o que, en términos jurisdiccionales y de apropiación de estas facultades, se exprese la soberanía de sus pueblos —véase, por ejemplo, para un caso americano, el puesto de manifiesto para Ecuador—.[5] A lo primero, se nos puede llegar a decir que ese casuismo expresa el funcionamiento en régimen de convención del Congreso hispano reunido en Cádiz, y a lo segundo, que es un fenómeno particularmente americano.

1.4. Connotaciones y asociaciones. Justicia profesional letrada vs. Justicia ciudadana lega

Los principios liberales de la jurisdicción que —naturalizados— se trasplantan a la experiencia constitucional hispana son además los que corresponden a un diseño napoleónico. Esto supone que, amén de vinculada a ley, la justicia que obedece a este canon de jurisdicción liberal es justicia profesional. Queda pues asociada por esta historiografía la pericia letrada con este carácter profesional, y uno y otro rasgo con un diseño funcionarial de jueces y magistrados. Aunque la propia experiencia revolucionaria francesa, de donde se dice que traen causa en último extremo estos principios, contempla justicia vinculada a ley y no profesional por elegida (que denomino por ello ciudadana), los principios que configuran el canon de la justicia liberal omiten cualquier alusión a este precedente. No hay justicia, por tanto, que merezca este adjetivo que no sea al tiempo letrada y profesional, o lo segundo por lo primero. Aunque esta asociación no resulte ni lógica ni históricamente necesaria, ello no obsta para que se mantenga como patrón o modelo con el que se mide la historia judicial hispana del siglo XIX. Es más, la vinculación entre estos dos caracteres hace que el historiador suponga la concurrencia de uno por la presencia del otro y viceversa. Me explico, basta con dar cuenta de la presencia de justicia de real nombramiento (el caso del corregidor es el más significativo) para suponerla vinculada a ley y letrada. Y, al contrario, se da lógicamente por supuesto que la justicia no profesional (de alcaldes, jurados y árbitros) carece de una competencia técnica asociada al conocimiento del Derecho. Sin embargo la experiencia judicial hispana del siglo XIX muestra toda una fenomenología de situaciones que exce-

[5] Morelli, *Territorio*, 2005.

den la calificación de excepciones, y para las que es difícil otra respuesta que la de hacerlas invisibles o achacarlas a equivocaciones padecidas por aquellos actores. La historia de la justicia oficial pero no letrada, salvo relevantes excepciones,[6] se elabora desde una previa y no disimulada toma de posición; así sucede, por ejemplo, respecto del jurado,[7] que queda desdeñado por concebirse como experimento contrario a los inextricables rasgos del modelo español. Algo parecido puede decirse de otras manifestaciones de esta justicia y que se traducen, por ejemplo, en la laguna historiográfica sobre la municipal decimonónica, sin que la discusión y el proyecto de 2006 sobre la erección de una llamada justicia de proximidad de titularidad municipal propicien estudio histórico alguno. Y, sin embargo, esta historiografía no se para a considerar, quizá también porque para la misma son invisibles las fuentes que los documentan, el porqué de algunos fenómenos o enunciaciones que, como poco, arrojan dudas sobre aparentemente denotativas asociaciones de conceptos (justicia liberal-letrada-profesional *versus* justicia preliberal-lega-ciudadana). Así pues, no se da respuesta a la mayor pertinencia de la imagen del juez sobre la comprobación de su pericia técnica como requisito para el nombramiento de los jueces durante gran parte del XIX español[8] y americano,[9] o por qué puede imaginarse entonces que un jurado pueda incurrir en delito de prevaricación.[10]

2. UNA DISTINTA HISTORIA. DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

2.1. El aprovechamiento de los presupuestos de una historiografía jurídica crítica. La constitucionalización de la justicia

Después de lo que hasta este momento se ha expresado en el presente volumen huelga quizá detallar los presupuestos historiográficos que, en términos generales, compartimos los participantes en el mismo y que me permiten construir

[6] Muñoz, "Justicia", 1999.
[7] Alejandre, *Justicia*, 1981.
[8] Serrano, "Chocolate", 1994 y "Gordura", 1997.
[9] Cárdenas, "Imagen", 2005.
[10] Martínez, *Confianza*, 1999.

una historia de la justicia distinta. Después de todo lo dicho, sólo recordaré aquí dos de esos presupuestos, en cuanto son útiles para acometer esa distinta historia: a) el abandono del paradigma estatalista que todavía hoy domina la historiografía institucional; b) la opción por una lógica de discontinuidad que implica, por un lado, la huida de cualquier naturalización de los conceptos que son objeto de nuestro trabajo y, por otro, la apuesta por una perspectiva que opta antes por explicar la cancelación de tradiciones que por presumir la presencia de las innovaciones.

La toma en consideración de perspectivas alternativas puede servir para aportar explicaciones más satisfactorias a algunos de los fenómenos que hemos traído a colación más arriba. Así, por ejemplo, en primer lugar, y quizá sea lo más evidente, aunque no por ello lo más habitual, el cambio de perspectiva permite recuperar geografías y cronologías históricamente más rigurosas que subrayen el carácter bicontinental del primer constitucionalismo hispano. La ruptura con el paradigma estatalista permite, a su vez, poner de manifiesto —de nuevo— los límites estructurales del absolutismo europeo y, con ello, recuperar escenarios más plurales y horizontales de poder frente a la precomprensión de una justicia monopolizada por una dominante, historiográficamente hablando, presencia de la categoría del Estado moderno. Esto es especialmente útil en el tema que ahora nos ocupa porque permite visibilizar justicias hasta ahora invisibles y no sólo porque se situaran en la periferia. Pero también aquella ruptura nos aporta el orden sobre cómo relatar una historia (en la que el orden y la sistemática no resultan neutrales) que va del oficio del juez a la administración de justicia, de lo funcional a lo institucional y orgánico, y no al contrario. La huida, por fin, de la naturalización de instrumentos conceptuales y marcos de referencia contemporáneos gestados por la actual dogmática jurídico constitucional, facilita la calificación de claves y sentidos que redimensionan la valencia política de lo jurisdiccional, hasta llegar a calificarlo como rasgo de un constitucionalismo[11] que informa la actividad de todas sus instituciones, incluida la parlamentaria.[12]

Esta distinta perspectiva es la que, en gran medida, explica el título que encabeza estas páginas. Toda vez que, por un lado, la administración de justicia, primero como función y luego como ramo y organización del Estado, se com-

[11] Garriga *et al.*, *Cádiz*, 2007.
[12] Martínez, "Estrépito", 2007.

prende como producto final del proceso de transición entre Antiguo Régimen y Estado liberal y en modo alguno como presupuesto. Y, en segundo lugar, porque potestad y no poder expresa mejor esa consideración de lo jurisdiccional como clave de gestión en el Antiguo Régimen pero que proyecta larga sombra sobre tiempos constitucionales.[13]

Sin embargo, llegados a este punto, y como advertencia preliminar para la reconstrucción de una historia de la justicia alternativa, es preciso explicitar que los rasgos y las claves que se desarrollarán a continuación no tratan de configurar la foto fija de un esquema válido para una cronología secular y una geografía bicontinental. Es indiscutible que el paso de lo jurisdiccional como metáfora del poder a genitivo y ramo de la administración, conforma un proceso de larga duración que si se acelera, sin duda, a partir de la década de los años treinta, obedece según tiempos y lugares a procesos causales que tienen distintos ritmos. Obvias son también las diferencias que las mismas circunstancias institucionales o políticas ultramarinas introducen en estos procesos, aun cuando el marco de referencia normativo y de cultura jurídica pueda ser, en términos generales, común. Por todo ello, lo que a continuación se apuntará son líneas de fuerza, claves estructurales, rasgos principales que, basados sobre el examen de los datos normativos y las prácticas, conforman denominadores comunes y consensos mayoritariamente compartidos sobre lo que significó juzgar para la sociedad política hispana entre finales del XVIII y mediados del XIX.

2.2. Justicia de calidades. Dispositivos institucionales de una cultura jurisdiccional

En un orden jurídico como el de la primera experiencia constitucional hispana, todavía no codificado y en el que se mantenía la prohibición de motivar cualesquiera resoluciones judiciales, la rectitud de los fallos dependía más de las calidades del juzgador y del procedimiento seguido para su adopción que de su adecuación a un sustantivo patrón normativo. Pocos justiciables se aquietarían con la exposición de unos motivos cuando en el orden jurídico no era raro contemplar que para un mismo supuesto existía una solución y la contraria. El aseguramiento de la aplicación no ya de la ley, sino del proyecto de transformación que la ley contiene, no estribaba tanto en la posibilidad de controlar la

[13] Clavero, *Orden*, 2007.

corrección de la mencionada operación lógica, sino la aparente identificación del juez con dicho proyecto y la corrección del procedimiento seguido para alcanzar la resolución judicial. De ahí la importancia que en la experiencia jurídica decimonónica siguen teniendo las llamadas "calidades" del juez y los trámites procesales como elementos estructurales de la administración de justicia.

2.2.1. Calidades de los jueces

En cuanto a las calidades personales del juez, en la normativa decimonónica y en la práctica institucional hispana a uno y otro lado del Atlántico podemos reconstruir el catálogo de las cualidades del juez perfecto del Antiguo Régimen. El siglo XIX no hizo otra cosa que añadir una más, la de que todo empleado público, y particularmente el magistrado, había de evidenciar mediante "pruebas positivas" su sintonía con el régimen político o con el sentido político del régimen. Es por todo ello por lo que la llamada politización de la justicia es más fisiología que patología de aquel sistema judicial. Para la España peninsular esto se aprecia ya en el constitucionalismo gaditano a partir de 1810 con la depuración de los empleados afrancesados y la fijación en 1812 como requisito para el desempeño de la judicatura de la adhesión a la Constitución. Durante la restauración en España del gobierno absoluto en 1814-1820 y 1823-1833, se exigió de todos los empleados públicos adhesión al Altar y al Trono. Durante los años treinta, la guerra carlista y la restauración del régimen constitucional gaditano serían motivos para la toma en consideración de antiguas y nuevas afecciones políticas de los jueces y magistrados. El valor estructural de la adhesión política del juez permaneció —aunque dejara de requerirse, como consecuencia de la pretendida separación entre el Derecho y la Política anunciada por la ciencia jurídica española a partir de los años treinta— haciendo absolutamente inviable cualquier pretensión de llevar a la práctica el principio liberal de la inamovilidad y su corolario de independencia del Poder judicial respecto de las opciones políticas en juego. En la que había sido España ultramarina podemos encontrar algo parecido, y no sólo por la interiorización como nacional de una normativa judicial metropolitana. Así, por ejemplo, prácticas procesales mexicanas seguirían reproduciendo durante el siglo una concepción premoderna del valor estructural de la imagen del juez perfecto.[14]

[14] Cárdenas, "Imagen", 2005.

De lo dicho hasta ahora no debe deducirse que la obligación de la motivación de los fallos fuera el instrumento que permitió la transición de una justicia de jueces a una justicia de leyes. La falta de esta obligación, e incluso la prohibición de motivar, es más bien una manifestación de la antigüedad, y para nosotros ajenidad, como recuerda Garriga en este mismo volumen, del orden normativo que se puso en manos de los jueces y magistrados del Estado liberal. Por eso mismo, para hacer pertinentes los saberes frente a las personas, no bastaba con forzar esta obligación: era precisa una transformación profunda del orden jurídico que partiera, a su vez, de la consecución del sujeto único de Derecho como unidad de medida del orden político. En este sentido, el decreto de Santa Anna de 1841 que ordenaba "que se funden las sentencias en ley, canon o doctrina" so pena de hacer responsables a los jueces que no lo hicieran, confirma más una concepción de justicia premoderna que anuncia la aparición de una justicia liberal. Más de una década antes ya se había establecido en España la obligación de expresar los motivos de los fallos en los tribunales de comercio, y tres años antes del decreto mexicano se había establecido en la Península que el Tribunal Supremo motivase sus sentencias en pleitos civiles. El examen de los fundamentos de estos primeros fallos arroja consecuencias que son similares a lo que podría esperarse de operar con "ley, canon y doctrina" como referencia, pues Código de comercio, usos de la plaza, Partidas son textos que allí se yuxtaponen conformando, todavía, un orden jurídico sagazmente calificado de plano.[15]

La inamovilidad era atributo personal del juez, predicado para obtener la obediencia y el aquietamiento de los destinatarios de la actividad administrativa en que se había convertido la justicia. Esta representación de la inamovilidad se debía también a una concepción patrimonial de los oficios públicos.

Esta concepción opera en cualesquiera de los aspectos relacionados con lo que ha venido en llamarse el "estatuto del juez" y explica la aparición, en el escenario administrativo del XIX, de figuras como las del cesante y las del interino. La declaración de interinidad tenía como finalidad el acomodar la judicatura al sistema político que en cada momento rigiera, evitando la interrupción de la pronta administración de justicia y también permitiendo la remoción ulterior del magistrado si así lo aconsejaba el examen de su conducta política. La consecución de aquella finalidad hacía que la declaración de interinidad pudiera realizarse respecto de jueces considerados propietarios por el régimen

[15] Lorente, *Voz*, 2001.

político abolido, pudiera tener efectos retroactivos o pudiera, incluso, considerarse tácita. El cese del magistrado por estos motivos no implicaba su exclusión. Esto sólo podía acaecer como resultado de un juicio y no de un expediente político. En la primera cultura constitucional se participaba de una idea de oficio como gracia y no como empleo, por mucho que se multiplicasen las declaraciones que contradecían esta noción. El oficial oponía el patrimonio de su oficio a cualquier cambio y encontraba en el texto constitucional el reconocimiento de su titularidad del que sólo podía ser privado tras haber sido oído. El mismo legislador se plegaba a la consideración de los derechos adquiridos sobre los oficios cuando se enfrentaba a la gestación de una nueva justicia. Apareció entonces la figura del cesante, que era resultado de la conciliación de objetivos tan enfrentados como la selección de un personal adepto al sistema vigente en cada momento y el respeto a sus derechos, que el empleado podía considerar que había adquirido al posesionarse del destino. Los cesantes, avanzando el siglo, se convertirán en una categoría profesional, cantera, como los interinos, para la selección de nuevos jueces cuando los procedimientos de purificación o calificación de sus méritos concluyeran en una rehabilitación para poder volver a gozar de la confianza, si no del público, sí del gobierno en la dotación de una plaza vacante. En la cesantía el juez habría de procurarse cuantos informes le fueran favorables para recuperar el crédito cuya pérdida le costó el destino. La toma en consideración de estos presupuestos hace inoportuno hablar de los rasgos fundamentales del orden judicial liberal, esto es, la independencia o la inamovilidad como datos previos a la configuración de aquel mismo orden.

Si tan relevantes para este modelo de justicia seguían siendo las calidades que concurrían en los magistrados, no habría de extrañar que su falta tuviese importantes consecuencias. Si unas calidades eran virtudes que autorizaban al empleado, sus contrarias eran defectos que lo inhabilitaban. En un mundo en el que todavía era indisociable la persona del juez de la actividad que desempeñaba, a todo empleado público se le exigía moderación en las costumbres, sobriedad, religiosidad y buen concepto público. Los comportamientos que contrariasen estas conductas eran más graves en el caso de los jueces, quienes podían perder el empleo y quedar inhabilitados "si fuesen convencidos de incontinencia pública, o de embriaguez repetida, o de inmoralidad escandalosa por cualquiera otro concepto, o de conocida ineptitud o de desidia habitual en el desempeño de sus funciones". Los que de esta manera se enunciaban en el Cádiz de 1813, y que todavía podían operar, así enunciados en México en 1850

(Nuevo Febrero Mexicano), eran los negativos de un catálogo tradicional de virtudes del buen juez.

2.2.2. Calidad de los juicios

En el primer capítulo del decreto gaditano de 1813 y en el décimoprimero del Código penal de 1822 español se tipificaban supuestos de hecho generadores de responsabilidad para jueces y magistrados. Éstos tenían que ver con la peculiaridad de las funciones de los jueces en cuanto enlazaban con una práctica procesal no comunicable al resto de empleados. El juez respondía por infringir en sus fallos negligentemente la "ley expresa" o por provocar la nulidad de las actuaciones al contravenir las "leyes" que arreglaban los procesos.

> El magistrado ó juez que por falta de instrucción ó por descuido falle contra la ley expresa, y el que por contravenir las leyes que arreglan el proceso, dé lugar á que el que haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todos las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo por un año. Si reincidiese, sufrirá igual pago, y será privado de empleo, é inhabilitado para volver a exercer la judicatura.

Pero también es cierto que la exigencia de responsabilidad por aquel primer supuesto de hecho no se predicaba respecto de los fallos de las Audiencias, unos tribunales territoriales que, por esta limitación de responsabilidad por errores *in iudicando*, resultaban supremos y no sindicables en cuanto a la interpretación doctrinal de leyes sustantivas, no así cuando el error, por falta de instrucción o descuido, conducía no a la injusticia del fallo sino a la nulidad de lo actuado. Adviértase cómo la herencia gaditana de los rasgos y mecanismos que informaban la justicia del Antiguo Régimen hacía que entonces fueran esenciales las que hoy consideramos normas adjetivas. Se privilegiaba entonces la observancia de las normas procesales por la dificultad de controlar y, en su caso, sancionar, la justicia sustantiva de las resoluciones, su acomodo a un canon normativo. La justicia era entonces recta por otros motivos. Orillada la vinculación del juez a la ley sustantiva, el escrupuloso seguimiento de una serie de formalidades procesales como era la competencia del juez, la contradicción y audiencia de parte y, con carácter general, la publicidad de todos los trámites procesales se elevaban a criterio de rectitud. Medida de la rectitud de una

resolución sería también una aritmética judicial que calculaba y comparaba el número de instancias, sentencias y votos conformes que un fallo recibiera. La observancia de las formas procesales, y fundamentalmente de aquellas cuya infracción hacía nulo el procedimiento, suponía mucho más que la garantía del justiciable frente al poder que pudiera alterar estas mínimas formas de competencia, audiencia y contradicción de parte.

> La observancia de las formalidades que arreglan el proceso es tan esencial, que en ellas ha de estar fundado el criterio de la verdad; y en el instante en que la autoridad soberana pudiese dispensarla en lo mas mínimo, no sólo se comprometería el acierto en las sentencias, sino que la desconfianza se apoderaría del ánimo de los que pusieren su vida y sus intereses en manos de los jueces y magistrados.[16]

Así pues, también en Cádiz las formas procesales no constituían mera garantía del justiciable frente a cualquier autoridad sino también criterio de verdad y presupuesto del acierto en los fallos. Y desde que la observancia del procedimiento pudo ser fecunda de acierto, su infracción motivaba directamente la desconfianza, pues no podía ser verdad lo que había sido decidido con infracción de algunos trámites. Si la dispensa de leyes procesales por el rey y Cortes se prohibía con la sanción de la infracción a la Constitución, su incumplimiento cometido por cualquier juez sería de todo punto inaceptable. Pues la infracción de, según qué normas procesales, minaba el que estamos en trance de señalar como uno de los presupuestos de aquel modelo de justicia y, con ello, ponía en peligro el edificio social. Por ello Cádiz recogería, y sobredimensionaría, la tradición de la responsabilidad culposa de aquellos que, por impericia, juzgasen mal.

La administración de justicia no sólo había de ser recta sino también pronta. La celeridad en la tramitación de las causas procesales era uno de los elementos sobre los que descansaba la confianza que el justiciable podía depositar en el nuevo orden judicial y a partir de ahí en el sistema constitucional. Sabido es que la abreviación de las causas y pleitos era una demanda largamente reclamada, y su insolubilidad tenía que ver, precisamente, con la existencia de unos trámites que se consideraban como esenciales para autorizar o validar los pronunciamientos de los tribunales. Siempre con el límite de la rectitud, en

[16] Argüelles, *Discurso*, 1989, pp. 98-99.

este tiempo se desarrollaron algunos mecanismos que trataban de conciliar estos dos extremos: la rectitud de los fallos, entendida como hasta aquí se ha hecho, con su prontitud. Entre los instrumentos para procurar la celeridad en la administración de justicia se siguió confiando en algunos de corte tradicional como la visita de cárceles o la inspección del funcionamiento de la justicia de primera instancia mediante la formación y remisión a los tribunales de información sobre el estado de causas pendientes. La visita de cárceles como medio de promover la brevedad en la administración de la justicia criminal se dotó de una extraordinaria publicidad. No bastaba el ceremonial que tradicionalmente rodeaba este acto y que tenía el sentido de convencer de la "filantropía y humanidad" de los magistrados. Ahora, además, se prescribía la publicación mediante la imprenta, y su remisión al gobierno, de los resultados de las visitas de cárceles como medio de excitar la actividad de jueces y magistrados. Ahora bien, la preocupación en este tiempo por la brevedad en la sustanciación de causas penales más obedecía al deseo de convencer de la inexorabilidad en la vindicación de la nación ofendida con el delito que a procurar garantías para el reo.

2.3. Juzgar sin ser juzgado. La dimensión política de la jurisdicción decimonónica

Linda Arnold, en su obra sobre la Suprema Corte Mexicana (1996), trae a colación el caso Flores contra la hacienda de Pantitlán, que llegó a generar un conflicto institucional en 1834 cuando el Congreso acusó a cinco miembros de la Corte Suprema. Ésta era, para la autora, una muestra de una politización de la justicia que ponía de manifiesto "la fragilidad del principio de legalidad, del principio de división de poderes y de la soberanía indivisible en la primera republica federal". El caso, conocido por haber implicado a Peña y Peña, quien daría cuenta del mismo en sus *Lecciones*, traía causa de un pleito de aprovechamiento de aguas que se complicó por el conflicto de competencias para su conocimiento que surgió entre la Suprema Corte y el Tribunal Superior del Estado de México.[17] La Corte federal se había arrogado el conocimiento del negocio entablado entre dos residentes del Estado con lo que, según el Tribunal mexiquense, se infringía la Constitución de aquel Estado. Por ello la legislatura estatal primero, y luego sus diputados federales, solicitaron, lo que el Congreso

[17] Peña y Peña, *Lecciones*, 1835-1839.

hizo suyo como gran jurado, que se acusara formalmente a los magistrados de la Sala primera de la Corte federal de haber usurpado la soberanía estatal. El caso se cerraría por un acto ejecutivo de Santa Anna que declaró inconstitucional la actuación del Congreso.

El conflicto que recuerda la autora no era entonces algo excepcional. Antes al contrario, no constituye más que una muestra (ciertamente significativa por los actores que intervinieron) del proceso de constitucionalización de las sociedades políticas hispanas de la primera mitad del siglo XIX. La denuncia de, en términos de la autora, una "politización" de la justicia para servir a intereses de los actores políticos mexicanos se formula desde la asunción de que la actuación del Congreso contradecía los frágiles principios que se suponen deberían informar la primera república federal. Sin embargo, de lo afirmado hasta este momento, resulta posible una explicación alternativa. La dimensión de la exigencia de responsabilidad predicable de todo tipo de empleados y exigida judicialmente se ensancha cuando tomamos en consideración la cultura jurídico-política jurisdiccional en la que se desarrollaba aquella experiencia. Cuando la función de juzgar se incardinaba en coordenadas culturales donde la actividad política aún se definía y se desarrollaba como interrelación de sujetos dotados de autonomía jurisdiccional, la relación entre juzgar y ser juzgado expresaba una relación de dominación-sumisión política. Cualquier desacierto en el desempeño del oficio pudo generar responsabilidad deducible a través de un juicio y todos los empleados eran, así pues, responsables, desde el más importante de los Secretarios de Estado hasta el último secretario de cualquier Ayuntamiento constitucional. La responsabilidad por el correcto desempeño de su oficio era enjuiciable a través de una causa formal, esto es, con información sumaria, audiencia y contradicción de parte. Ahora bien, faltando la determinación previa o única de los contenidos que integraban los perfiles de los oficios, como presupuesto de la tipificación de las conductas que generasen la responsabilidad del empleado, cobraron interés tanto los procedimientos que se seguían en la tramitación de estas peculiares causas, cuanto la atribución de la competencia para iniciar o conocer de estos procedimientos. El sometimiento de todo tipo de empleados, civiles, militares o eclesiásticos, a los procedimientos de responsabilidad marcó la "cotización" de la autoridad que sometía.

Así también en Cádiz se trató de evitar que la potestad judicial fuera "soberana" en el ejercicio de sus competencias. En el caso del poder judiciario o, si se prefiere, de la magistratura, la unión de la independencia, que todos recono-

cían, con la irresponsabilidad hubiera convertido a jueces y magistrados en autoridades soberanas. Hubiera sido tanto como igualarlos con las Cortes Generales y Extraordinarias. O, en otros términos, si se quiso entonces que los jueces fueran responsables, fue precisamente porque la responsabilidad era medida del poder constituido. Y, consecuentemente, no podían dejar de estar en manos de los Congresos los instrumentos para poder depurar la responsabilidad de los Tribunales Supremos.

No es pues de extrañar que la reducción de la pluralidad jurisdiccional y la consecución de un monopolio jurisdiccional encomendado al aparato judicial del Estado se realizase entonces a través de la determinación constante a lo largo del XIX de los conflictos de competencia jurisdiccional. Afirmar como calidad esencial del juicio y del juez la de la "competencia", no sólo debe explicarse en clave liberal de la plasmación práctica de un principio de juez ordinario, predeterminado por la ley, o de la interdicción de jueces comisionados, sino en la más interesante de la gestación de un monopolio jurisdiccional del Estado. Son problemas de asignación competencial los que anunciaban la consecución de aquel monopolio frente a los efectos de la conservación de unas jurisdicciones privativas que fáctica o jurídicamente fueron indisponibles al mismo legislador constituyente u ordinario.

2.4. Traducciones institucionales. Supremos Tribunales

Reparar en la relevancia política de lo jurisdiccional, del conflicto de competencias y de la exigencia de responsabilidad del primer constitucionalismo hispano creo que nos permite además aportar explicaciones satisfactorias sobre algunos aspectos del diseño y actividad de sus instituciones judiciales. Así, el Tribunal Supremo gaditano se definió entonces como centro y cúspide de la autoridad judicial. El obstáculo más poderoso para la calificación desde hoy de este órgano no fue el incendio que terminó con sus más antiguos fondos, sino el de una historiografía empeñada en buscar paralelismos, como hemos visto más arriba, con la Corte de Casación revolucionaria. Paralelismos puede haberlos, pero adaptados a la peculiar experiencia jurídica española: la casación y el *référé* pueden significar en el nomofiláctico constitucionalismo francés, lo que el recurso de nulidad y la consulta significaron en el jurisdiccionalista constitucionalismo español. Creo que se puede convenir con esta comparación cuando se toma en consideración que si el proyecto constitucional trató de

realizarse en Francia mediante el central instrumento de la ley, en España fue una tradicional justicia a quien se encomendó esta labor. A través de la nulidad se controlaba la recta administración de justicia, identificada con el exacto cumplimiento de los trámites procesales, y a través de la consulta se resolvían sobre la marcha los problemas fundamentales de articulación de las instancias judiciales en un escenario de justicia plural. No hemos de minusvalorar el valor constitucional de estos instrumentos. En un contexto en el que todavía la relación entre juzgar y ser juzgado expresaba una relación de poder, el Tribunal Supremo era el que determinaba en última instancia las competencias para juzgar. El Tribunal Supremo fue diseñado para salvaguardar una de las claves del funcionamiento de la justicia: el mantenimiento de la confianza del justiciable. Esta confianza se generaba por la apariencia de no haberse infringido trámites que hicieran nulo el proceso. Las leyes que arreglaban el proceso fueron no sólo las contenidas en un legado normativo y práctico que era preconstitucional e indispensable, hasta realizada la codificación, sino también las garantías contenidas en el título V del texto constitucional. Como uno de los vicios que anulaba los procedimientos fue la falta de competencia del juez, aparejar a este defecto la responsabilidad, y predicarla de todos los jueces, convirtiendo además al Tribunal Supremo en árbitro de los conflictos que por competencias se suscitasen, suponía un apoderamiento mayúsculo para la definición jurisdiccional de los derechos.

La calificación que he formulado sobre el Tribunal Supremo obliga inmediatamente a formular otra sobre las Audiencias Nacionales salidas de los textos gaditanos. Aquí los problemas iniciales consisten en la relación de estos tribunales con los provenientes del Antiguo Régimen. Existen, sin duda alguna, razones que avalan la novedad de estos tribunales. En primer lugar por la inflexión provocada por la guerra de independencia, que vació de competencias "gubernativas" el elenco de sus facultades; en segundo lugar, por la responsabilidad vía nulidad a la que quedaron sometidos, que hizo que de Cortes que expresaban la misma justicia del rey, pasaran a meras instancias de justicia territorial. Ahora bien, si consideramos que el arma del recurso de nulidad se concedió en el transcurso de la experiencia constitucional gaditana también a estos cuerpos jurisdiccionales, que desarrollaron importantes facultades en la resolución de los que hoy denominaríamos conflictos de competencia y de jurisdicción; y, sobre todo, que se les confió la interpretación material de la ley, podremos calificarlas en el experimento gaditano sin duda como "Tribunales

Supremos Territoriales". Esta última afirmación puede tener un alcance más significativo cuando se recuerda el carácter bicontinental de la Nación española. En Ultramar los tribunales superiores dejaron de estar vinculados al centro común representado por el Tribunal Supremo, pues atendidas las circunstancias, el recurso de nulidad contra las decisiones de una Audiencia había de llevarse a la más próxima. Y también en Ultramar el desarrollo legislativo de la Constitución dejaba en 1812 a las Audiencias americanas la última palabra en materia de solución de conflictos de competencia jurisdiccional frente a los intentos de la Monarquía desde finales del XVIII de centralizar en Madrid el mecanismo.[18] Si se conviene en la óptica de la comprensión jurisdiccional desde la que se escribe esta otra historia de la justicia hispana, encerrar la solución del conflicto de competencias en el espacio americano venía a hacer más autónomas aquellas autoridades y más independientes aquellos territorios.

Pero esta no fue la única excepción que la situación ultramarina imponía en el diseño de una nueva planta, o en la conservación de la vieja planta de tribunales de la Monarquía. Contra las terminantes previsiones constitucionales que establecían no hacer novedad en el número de audiencias hasta la división del territorio de las Españas, las Cortes no dudaron en arbitrar un procedimiento para la erección de nuevos Tribunales a instancias de representaciones que provenían de la España ultramarina, negando la posibilidad para similares peticiones originadas en territorio peninsular. No era ya mero "arreglo" de Tribunales el que procuraba el constitucionalismo gaditano. El caso americano ponía de manifiesto, en definitiva, que forma, régimen, número y sede de las viejas Cortes de Justicia quedaban a la decisión de unas Cortes que, acaso sólo por el prurito de tranquilizar a los magistrados que las servían, se resistían a reconocer una metamorfosis que llegaría finalmente en 1834. Pero la calificación de las Audiencias como "Tribunales Supremos Territoriales" en el primer constitucionalismo se asentaba, al margen del peculiar caso americano, sobre los criterios que se utilizaron por el constituyente para su "arreglo". Estos criterios obedecieron, de un lado, a la persistencia de un determinado modelo de justicia y, de otro, a una primera cultura constitucional de garantía del justiciable, pero también de extensión de una justicia oficial y estatal.

En cuanto a los criterios deducidos del modelo de justicia presente en las vísperas de la experiencia constitucional, hemos de jugar aquí con el principio

[18] Martínez, "Estrépito", 2007.

rector de la generación en el justiciable de la confianza en la "pronta y recta administración de justicia". Como proyección del modelo de justicia del Antiguo Régimen que extendía su onda expansiva a tiempos constitucionales, no importando externamente los motivos de las resoluciones, la justicia siguió concibiéndose como una cuestión de número. En el número de instancias, de sentencias, de votos, y en la conformidad de todos ellos, el primer constitucionalismo siguió encontrando un criterio de rectitud que pudo concitar el apaciguamiento del litigante. Como corolario de esta aritmética judicial y de la fundamental imagen de imparcialidad que debía generar cualquier juez, se dedujo la condición —elevada al texto constitucional— de que hubieran de ser distintos los jueces que intervinieran en cada una de las instancias. Sin embargo, si estos criterios operaron para asegurar la imagen de una justicia recta, en su traducción orgánica debieron ser conciliados con otro criterio de generación de la confianza del justiciable, cual era la prontitud en la obtención de la resolución, de manera que fue preciso poner algún límite al número de instancias o de sentencias que bastaron para causar ejecutoria.

Sin embargo el arreglo de la planta constitucional de los tribunales no fue problemático por la aplicación de estos criterios, sino por la puesta en práctica de otros presupuestos constitucionales que alteraron la trama judicial preconstitucional. Estos presupuestos fueron la igualación de todas las Audiencias en facultades y la extinción de los llamados casos de Corte. Esto es, la abolición de los supuestos en los que los tribunales territoriales conocían en primera instancia de una serie de delitos. Estos casos de los que conocían en primera instancia los tribunales territoriales pudieron ser confiados a los jueces de primera instancia, de los que se tratará inmediatamente, precisamente porque aunque unipersonal, el que juzgaba era responsable, porque, más que letrado, era empleado público.

2.5. "Apropiación", reconocimiento y expropiación de la justicia

Para el constituyente el modelo letrado de justicia no se presentaba como el ideal al que aspiraron los hombres de 1810. Antes al contrario, el condicionamiento cultural que obligaba a los jueces a granjearse la confianza de los justiciables llevó a los hombres de Cádiz a imaginar como ideal de justicia, al menos en la primera instancia, una justicia de iguales o, al menos, una justicia electa:

la representada por jurados, alcaldes y árbitros. La comprensión de la justicia de alcaldes como inercia —pero también como utopía constitucional que identificaba justicia con elección— sirve para explicar unas claras infracciones al dogma de la separación de poderes con el que el constituyente se comprometió desde un primer momento. No se suele entender —sino como quiebra de este dogma— que los alcaldes desempeñasen funciones judiciales junto a las que se calificaron como pertenecientes al gobierno económico y político de los pueblos. Se critica que en la Constitución se atribuyesen funciones contenciosas a los alcaldes constitucionales mientras que nadie discute el hecho de que los jueces de primera instancia no ejercieran otras funciones que las judiciales. Cierto es que los alcaldes constitucionales desarrollaron funciones contenciosas, pero como lo habían hecho los alcaldes ordinarios en las vísperas del advenimiento constitucional. Por lo que se dice en otras partes de este volumen, particularmente en el trabajo de Agüero, más perplejidad desde un punto de vista histórico debería merecer el juez de primera instancia decimonónico —que sólo juzga— que el alcalde constitucional —que además gobierna—. En este punto, la novedad —posible— del modelo de justicia del primer constitucionalismo español residió en el diseño y generalización de unos jueces de primera instancia que, distribuidos en nuevos partidos judiciales, tuvieron como objeto la asunción exclusiva de la solución de una conflictividad que antes pudo ser administrada por los que etimológicamente eran desde antiguo jueces ordinarios.

Ahora bien, la ciudadana justicia de alcaldes no era sólo utopía constitucional ni efectiva inercia histórica. En el momento constituyente, la jurisdicción en manos de alcaldes y cabildos devino en la Península instrumento para el desalojo de jurisdicción señorial y en América el depósito necesario de una soberanía que inminentemente dejaría de ser española. En lo primero, por el Decreto de 6 de agosto de 1811 la Nación recuperaba sus derechos mediante la reincorporación de la jurisdicción señorial que quedaba al cuidado de los alcaldes todavía ordinarios. La aprobación en 1812 del texto constitucional y su puesta en planta no varió esta situación. Se prefirió justicia de alcaldes antes que establecimiento interino de jueces comisarios. Hoy parece olvidarse que la norma gaditana en materia judicial que viene a citarse como Reglamento de Audiencias y Juzgados de 9 de octubre de 1812 incluía una tercera sección referida a alcaldes constitucionales. Incluso pues en la legislación de desarrollo se reconocía, más que se habilitaba, al alcalde como juez.

En lo segundo, ya ha dejado señalado Portillo en capítulo precedente cómo la crisis constitucional de 1808 convirtió a los cabildos americanos en depositarios de soberanía, que ahora sabemos identificada con jurisdicción. Pues si hay, como muy acertadamente se está viendo hoy, asunción y extensión de competencia jurisdiccional por parte de las instituciones locales en aquella España ultramarina, ello no era instrumento para la proyección y ensanchamiento de una identidad nacional a partir de un espacio político disgregado por la crisis de independencia, sino la marca de esa misma soberanía. Esa es al menos la lectura que, del art. 275 de la Constitución y del tercer capítulo del Reglamento de 9 de octubre de 1812, se pudo hacer en los cabildos americanos.

La lectura podía ser similar en algunos territorios de la España peninsular, en municipios armados no sólo de justicia sino también de discurso político autónomo. Quizá también por ello no se economizaron esfuerzos a partir del mismo año 1812 para negar la condición de juez ordinario del alcalde. Esta operación se llevó a cabo en diversos frentes relacionados con la calificación del oficio judicial y municipal y significó la negación de una tradición constitucionalizada o del tímido reconocimiento que esta tradición mereció al legislador constituyente. Para lo primero bastó el arsenal proporcionado por la Constitución y por la legislación que de ella se desprendió; para lo segundo, además se recurrió a la interpretación de su "espíritu", a la voluntad del legislador o a la intención de las comisiones de las Cortes Generales y Extraordinarias.

Ahora bien, fue difícil llevar a la práctica esta operación por las resistencias que concitó sobre todo en el Trienio, cuando los enfrentamientos entre interpretaciones sobre el alcance de las facultades de los alcaldes llegaron más lejos del salón de las Cortes y de los votos particulares de diputados como Romero Alpuente, fieles a un planteamiento constituyente más favorable al reconocimiento de funciones contenciosas a los alcaldes. Proliferó entonces una conflictividad entre autoridades que se resolvió en dudas y consultas sobre las competencias de unas y otras, y en mutuas reclamaciones de infracciones a la Constitución. Infracciones, competencias, consultas y confusiones que tuvieron su origen en esta operación de generación de una exclusividad judicial con abandono o estrechamiento hasta donde fuera posible de las funciones contenciosas ordinarias de los alcaldes. Pero este proceso estuvo además sometido al juicio de todos los destinatarios de la Constitución que se quejaron de las extralimitaciones de los jueces letrados y de las de los alcaldes constitucionales.

En los años de vigencia del sistema constitucional se establecieron comparaciones entre los nuevos alcaldes constitucionales y los antiguos mayores, ordinarios y pedáneos. Se pretendió incluso enlazar la tradición preconstitucional, normativa y práctica de los segundos con la configuración constitucional y legal de los primeros. En el cotejo que se pudo establecer en 1821 ya se confesaron las transformaciones. Para empezar, el alcalde perdía su etimología de Juez. Comparado el alcalde constitucional con los antiguos en lo contencioso, pudo parecer más heredero del pedáneo que del ordinario. O al menos de los ordinarios que hasta entonces se conocían. Unos alcaldes ordinarios distintos eran los constitucionales "por tener más limitadas sus facultades en los negocios o causas contenciosas". La Constitución y la ley habían generado una nueva clase de alcaldes clausurando las anteriores y abriendo problemas derivados de la concurrencia del alcalde constitucional con el juez de primera instancia.

El orden de las naturalezas que integraron el oficio de alcalde no fue irrelevante: demediado como juez, destacaba ya un jurista práctico la extensión de sus facultades económico gubernativas.

La Constitución y la ley ordenaron la alcaldía como "tribunal o cargo público honorífico establecido para que el que lo obtenga ejerza tres oficios o potestades, a saber: primera, la economica; segunda la judicial, y tercera, la conciliatoria o de Conciliador".[19]

Como se puso de manifiesto respecto de los juicios de conciliación, pero también respecto de las facultades que tuvieron atribuidas en la instrucción de juicios escritos, de oficio o a instancia de parte, el alcalde contó con una ventaja sobre el juez letrado, ordinario si se quiere, de primera instancia. Esta ventaja estuvo vinculada no con la tradición de sus facultades de justicia, sino con la extensión de sus competencias gubernativas o económicas: por razones de urgencia, pero también aludiendo a la figura del alcalde como "padre del pueblo", éste podría realizar primeras diligencias contra sujetos aforados. No se trató, en este último caso, de la usurpación de una jurisdicción privativa por la ordinaria, porque el fundamento de la intervención fue el carácter policial o económico de que estaba investido el alcalde, o la naturaleza del negocio que tocaba directa o indirectamente al buen régimen, gobierno si se quiere, de los pueblos.

[19] *Proyecto*, 1821, p. 265.

El carácter instrumental de la jurisdicción reconocida en la Península a los alcaldes constitucionales para la construcción de un monopolio jurisdiccional frente a la justicia señorial incorporada a la Nación en 1811, se completó con la definición de la naturaleza del alcalde como conciliador, que servía a la consecución de ese mismo monopolio, pues a través de la conciliación se recortaron los efectos del reconocimiento de jurisdicciones privilegiadas. Pues, como opinaba el fiscal del Tribunal Supremo en 1820, el reconocimiento de los alcaldes como conciliadores, incluso de militares y eclesiásticos, no suponía infracción o desconocimiento de los arts. 249 y 250 de la Constitución, desde el momento en que se negaba que la conciliación fuera un juicio. "La conciliación es llamada con impropiedad juicio, aunque se exerza y celebre á la manera de juicio, oyendo á una y otra parte: es mas bien un medio de evitar los juicios, como que quando las partes se conforman amigablemente no tienen necesidad de acudir á los Jueces". No había lugar a la queja de los que gozaban fuero de ser demandados en conciliación ante el alcalde constitucional, pues no siendo la conciliación "un acto de jurisdicción, y solo una medida de policía para evitar y cortar los negocios que pudieran hacerse litigiosos", no había quebranto de privilegio jurisdiccional alguno.

En la preferencia sobrevenida por la justicia profesional frente a la de los alcaldes medió otra circunstancia que puede considerarse decisiva. El juez de primera instancia, aunque fuera interino, tuvo asegurada su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, no así los alcaldes constitucionales. Éstos pudieron responder en lo gubernativo frente al jefe político pero en manera alguna en lo judicial.

Precisamente este argumento apareció en la discusión sobre la sustitución de los jueces de primera instancia por alcaldes constitucionales auxiliados de asesor letrado:

> es preciso conocer que las leyes han querido que se exija responsabilidad a todo funcionario público, y que un alcalde constitucional no puede llevar sobre sí esta responsabilidad, porque no tiene pacto ninguno con la Nación en razon de la aplicacion de las leyes y forma de enjuiciar. Tampoco se puede exigir con el mismo rigor respecto de los asesores, porque no se presentan estos voluntariamente á ejercer estas funciones, sino porque requeridos por los alcaldes constitucionales tienen que ser asesores, no porque hayan querido este destino.[20]

[20] *Diario*, Sesión de las Cortes del 13 de mayo de 1822, p. 1333.

Desde la perspectiva de una responsabilidad común, esta distinción era irrelevante para un justiciable que pudiera ver reparados los daños causados por la resolución dictada con injusticia notoria o infracción de las normas que arreglaban el proceso exigiendo su satisfacción a los asesores letrados. Pero si la lógica era la del fin disciplinar de la responsabilidad judicial, no fue indiferente que el alcalde quedara exento completamente de responsabilidad en estas materias. No bastó en el desarrollo de la experiencia constitucional con un modelo de justicia esencialmente representativa que obedeciera a lógica distinta a la letrada-profesional. No bastó, en suma, la responsabilidad que se hacía efectiva en el sufragio por el carácter electivo de estos empleos. Los alcaldes se consideraron en pie de igualdad con los jueces de primera instancia pero esta equiparación, si sirvió para algo, fue para poder predicar de los munícipes el mismo régimen de responsabilidad en el desarrollo de las funciones contenciosas que establecía el Reglamento de Audiencias y Juzgados. De esta manera se selló con impronta estatalista el "pacto" que el alcalde tenía con la Nación que le investía como juez. Este pacto valió más que la confianza que en este improvisado juez depositaron sus electores.

En parecido sentido, otra manifestación de un modelo de justicia ciudadana, la de jurados, fracasó, aparte de por las dudas de introducir un elemento representativo en la justicia y por las resistencias de los letrados, por la imposibilidad de extender a estos jueces de hecho los mecanismos o claves a través de los cuales se estaba procediendo a levantar el edificio judicial: la selección, la responsabilidad y, por qué no decirlo también, la retribución de los jueces de hecho. No hay que olvidar que la experiencia constitucional se desarrolló inmersa en una cultura donde la justicia dependía de las calidades, no de los aparatos, de las personas, no de los sistemas. En un modelo constitucional y de justicia trabado por la responsabilidad de los empleados y autoridades, la introducción de una autoridad judicial eminentemente irresponsable por sus decisiones devenía un cuerpo extraño. El jurado se concibió en el primer constitucionalismo español como institución procesal en lo penal, frustrándose, sin embargo, los intentos de asimilarlo al juez letrado en cuanto al régimen de responsabilidad. Todos estos datos podrían llevarnos a sentar la conclusión de la devaluación constitucional de este primer jurado español si tomamos el prototipo de jurado británico como ejemplo. Esta devaluación se explica porque la institución, al ser trasplantada, se enjuició con los mismos criterios de legitimidad que el resto del aparato de justicia. Importaron las calidades de sus integrantes, el modo de selección y el procedimiento que había de seguir en la calificación de las con-

ductas. Aunque aparentemente pudiera parecer otra cosa, no fue la ley de las Cortes lo que deprimió el valor constitucional que el jurado pudo llegar a alcanzar, sino la imposibilidad de concebirlo como autoridad soberana, esto es, irresponsable.

3. EPÍLOGO: "MIEDO AL ENCUENTRO CON EL PASADO QUE VUELVE"

La elaboración de una nueva historia de la justicia que da cuenta de la persistencia de viejas maneras de comprender lo judicial en el siglo XIX puede servir, sobre todo ante la celebración de inminentes bicentenarios, para inmunizarnos ante el peligro del reforzamiento de la invención de tradición constitucional sobre la justicia liberal en España —y por ello no hispana—. Sin embargo, no deja de ser menos cierto que en el acentuar y rescatar no subyace, al menos por quien esto escribe, nostalgia alguna para con una sociedad sin Estado premoderna que desconfía de las llamadas mitologías de la modernidad. En otros términos, dar cuenta de la presencia todavía en el siglo XIX de una lógica jurisdiccional y consultiva en la gestión del poder que puede llegar a informar todavía la cultura jurídico-constitucional, al menos para el horizonte hispano, no implica, necesariamente, la calificación como "absolutista" de la lógica basada sobre el principio de legalidad.

En este sentido, perseguir la pista de la concepción patrimonial del oficio de justicia, puede ayudarnos a valorar en su justa medida qué intereses corporativos se mueven —todavía hoy— tras reactivas apelaciones a la independencia judicial como principio que todos entendemos basilar del orden constitucional contemporáneo. La toma en consideración de la relevancia política de la función jurisdiccional, que tiene que ver, a su vez, con la conservación de hábitos y prácticas institucionales en la gestión del poder predicable de otras instituciones del Estado, puede servirnos para redimensionar cuestiones como la politización de la justicia pero también para hacer visibles otras como la judicialización de la política. La recuperación, en fin, de un pasado cercano en el que se reconocía normativamente la existencia de una justicia letrada pero no por ello profesional, y era posible, al mismo tiempo, que esta última adoleciera de desconocimiento de la ley, puede servir a los efectos de evitar hoy que una supuesta tradición judicial opere como obstáculo necesario al ensanchamiento

o viabilidad de modelos de justicia alternativa. Éstas son sólo algunas razones de por qué tengo para mí que la investigación de aquellas inercias es una tarea historiográfica que, más allá de suponer un aporte al conocimiento del ocaso de un escenario institucional que en gran parte nos es ajeno, puede prestar un buen servicio a la generación, difusión e interiorización en el presente de una cultura constitucional comprometida con los derechos más que con los poderes —incluido, entre éstos, el judicial.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Sobre la historia de la justicia hispana contemporánea no faltan aportaciones producidas en las últimas décadas por parte de todo tipo de historiografías. De ello da buena cuenta el detallado y exhaustivo estado de la cuestión realizado por Vallejo (1990), donde se puso de manifiesto cómo dejaba de tener fundamento el tradicional lamento sobre la ausencia de una Historia de la Justicia contemporánea en España.

Al incremento de las aportaciones sobre este tema no es ajeno el contexto constitucional que animaba la actividad de estudiosos provenientes de ámbitos disciplinares bien diversos. En efecto, la recuperación de un tracto constitucional en 1978 motivó la incorporación del tiempo constitucional y de su justicia como objeto de una historiografía materialmente jurídica que ya no se avergonzaba de reconocer padres fundadores en la experiencia gaditana, la del Sexenio o la Segunda República. En los primeros años de la década de los noventa proliferan los trabajos encaminados a recuperar —ahora historiográficamente— ese tracto constitucional en materia de justicia: Tomás y Valiente (1990), Moreno Pastor (1990), Sáinz Guerra (1992), Clavero (1992), Aparicio (1995). Esta historia todavía hoy se sigue cultivando a los efectos de recordar, reconocer y reproducir para la España contemporánea la presencia de los presupuestos liberales en materia de justicia. Pues este mismo objetivo trata de alcanzarse incluso cuando se denuncian las contradicciones entre los principios pedidos de los que arranca esta historiografía y una práctica que, se nos dice, los niega: Paredes (1991), Ballbé (1992), Delgado del Rincón (1997), Díaz Sampedro (2005).

Precisamente la constatación de una distancia entre la realidad construida por normas y principios y una práctica institucional protagonizada por jueces

y magistrados era el presupuesto de otra línea en la producción historiográfica sobre la justicia española en las dos últimas décadas. En este sentido, ya se han citado algunos de los trabajos recogidos en las obras colectivas promovidas por el Proyecto Spanjus (Spanische Justiz im 19. Jahrhundert), que dirigía J. M. Scholz y financió el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Scholz, 1992 y 1994). Al amparo de este proyecto se realizó un muy meritorio esfuerzo para habilitar fuentes para el conocimiento de la prosopografía judicial española del siglo xix (Scholz, 1996). La información fue recogida a partir de los expedientes personales de jueces y magistrados, sin embargo, se trató con arreglo a los instrumentos de análisis basados en los presupuestos de una muy particular sociología de la cultura jurídica, con el resultado de quedar inutilizada para cualquier otra investigación que no partiera de esos mismos presupuestos (Scholz, 2003). Son de mayor aprovechamiento para una historia de la dimensión personal y burocrática de la justicia hispana otros trabajos: Serrano (1991), Scholz (1992), Martínez/López (1992), Serrano (1994), Serrano (1997), Scholz (1997), Cárdenas (2005) y Gómez Rivero (2006).

Y en fin, sobre la Justicia decimonónica en España puede señalarse una tercera veta historiográfica en la que se incardinan algunos historiadores del Derecho que han hecho de este tema objeto de estudio e investigación, como pieza ahora para la reconstrucción de una Historia Constitucional Española, elaborada desde los presupuestos de lo que ha venido a denominarse historiografía crítica del Derecho. En este sentido, además de las referencias que el lector encontrará en otros lugares de este volumen, es preciso traer a colación aquí algún trabajo que puede servir para ir más lejos de lo apuntado en este capítulo sobre esa revaloración política de la función jurisdiccional, y reflexión sobre el sentido y ubicación del Poder judicial (Clavero, 2007b). En este sentido, fruto de la actividad de este grupo de investigadores son además los trabajos de Lorente (1992), Martínez (1999 y 2002), Morelli (2005), Garriga/Lorente (2006), Lorente (2006), Martínez (2006b) y Solla (2007).

El esfuerzo del Instituto alemán que se mencionaba más arriba, en el intento de habilitar la fuente de archivo para la historia de la justicia española contrasta con los realizados por los historiadores autóctonos hasta el punto de que puede afirmarse que uno de los mayores obstáculos para operar un salto cualitativo en la historia judicial contemporánea, tiene que ver con la inaccesibilidad de los

archivos judiciales como se pone paladinamente de manifiesto en las aportaciones de los profesionales de la historia y del Archivo: VV.AA. (1999), Gámez (1996). Así las cosas, los trabajos sobre historia judicial española contemporánea que se apoyan en documentación de archivo obedecen a investigaciones individuales que se ciñen a un ámbito local (Morales, 1998) y no siempre sirven para alcanzar resultados que vayan más allá del registro de causas célebres. Sobre el estudio de este último género han aparecido algunas aportaciones prometedoras por cuanto proponen seriamente trascender del caso analizado (Beneduce, 2003) (Vallejo, 2006). Si, con mejores o peores resultados, las últimas aportaciones a la historia del proceso penal en España se resumen en análisis de causas célebres y, todo lo más, en la descripción de los antecedentes parlamentarios y exégesis de las leyes de enjuiciamiento, el estado de la cuestión sobre la historia del proceso civil no es mucho más halagüeña. Aquí, con alguna excepción, pueden volver a reproducirse las consideraciones que, sobre el alcance de los trabajos basados en fuentes de archivo, se acaban de hacer. En cuanto a las aportaciones de la historiografía jurídica profesional (Álvarez, 2002b), la misma parece que no está todavía en condiciones de tomar el relevo y asumir una competencia dejada en manos de procesalistas con sensibilidad histórica

Un tanto mejor es la situación de los estudios relativos a la jurisdicción contencioso administrativa. Sobre este tema contamos con alguna monografía (Fernández Torres, 1998) y alguna propuesta de reinterpretación que parte de premisas innovadoras (Garriga/Lorente, 1998; Lorente, 2007).

Finalmente, la previsión, primero, por el Constituyente, y el desarrollo, después, por el legislador, del restablecimiento del juicio por jurados en España, motivó y sigue motivando una producción historiográfica dedicada a su estudio pero que participa de una posición que alberga un recado, primero de resistencia a la introducción del jurado y luego de mitigación de su alcance (Alejandre, 1981). Respecto de estas obras, existe otra forma de hacer historia sobre el jurado que resulta excepcional por cuanto viene a hacer del mismo, y aun de un determinado tipo de jurado, el puro de matriz anglosajona, una "credencial" de constitucionalismo auténtico (Clavero, 1998). También sobre justicia no profesional pero no por ello necesariamente menos letrada, véase además del trabajo de Agüero contenido en este volumen, Muñoz de Bustillo (1999).

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alejandre, Juan Antonio, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981.

Argüelles, Agustín de, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Cárdenas, Salvador, "La imagen pública de los jueces mexicanos en el siglo XIX: una aproximación desde la arqueología judicial", en VV.AA., *Historia de la Justicia en México, siglos XIX y XX*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, vol. I, pp. 55-88.

Clavero, Bartolomé, *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

Garriga, Carlos y Marta Lorente, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, epílogo de Bartolomé Clavero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Diario de Sesiones de las Cortes, Legislatura de 1822.

Lorente Sariñena, Marta, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Martínez Pérez, Fernando, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

———, "Juzgar sin ser juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional", en Manuel Chust (coord.), *Doceañismos, constituciones e independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006, pp. 79-97.

———, "Estrépito de Tribunales. Competencias de jurisdicción en la América de Carlos IV", en Eduardo Martiré (dir.), *La America de Carlos IV. Cuadernos de Investigaciones y Documentos*, vol. III, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2007, pp. 11-96.

Morelli, Federica, *Territorio o nación. Reforma y disolución del espacio imperial en Ecuador, 1765-1830*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Moreno Pastor, Luis, *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.

Muñoz de Bustillo, Carmen, "La justicia no letrada del primer constitucionalismo español", en Andrea Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800*, Milán, Giuffrè, 1998, pp. 285-324.

Peña y Peña Manuel de la, *Lecciones de práctica forense mejicana, escritas a beneficio de la Academia Nacional de Derecho Público y Privado de México*, Méjico, Juan Ojeda, 1835-1839, 4 vols.

Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión especial de las Cortes nombrada en 22 de agosto de 1820, Madrid, 1821.

Sáinz Guerra, *La administración de Justicia en España (1810-1870)*, Madrid, EUDEMA, 1992.

Serrano, Antonio, "Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX", en Aldo Mazzacane y Cristina Vano (eds.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Nápoles, Jovene, 1994, pp. 423-462.

———, "Gordura y magistratura: la desgracia del juez Jabalquinto", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67, 1997, vol. II, pp. 1465-1495.

Tomás y Valiente, Francisco, "De la administración de justicia al poder judicial", en VV.AA., *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, pp. 11-31.

LA JUSTICIA PENAL EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN. LA REPÚBLICA DE CÓRDOBA, 1785-1850

Alejandro Agüero
Universidad Nacional de Córdoba (conicet, Argentina)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La justicia penal en las postrimerías del orden colonial. 3. Revolución, Independencia y Restauración. 3.1. El discurso normativo en la primera legislación patria (1810-1820). 3.2. Córdoba, de república a República. La Constitución de 1821. 4. La justicia penal de la República de Córdoba, 1820-1850. 4.1. Consolidación del patrón doméstico para la justicia de la campaña. 4.2. La justicia ordinaria en la ciudad. 5. Consideraciones finales.– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

1. INTRODUCCIÓN

> Nada interesa mas a una nación, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal...[1]

Quizá estas célebres palabras de Lardizábal y Uribe constituyan el mejor testimonio de la importancia que había cobrado la cuestión penal para el pensamiento reformador de la segunda mitad del siglo xviii. No es el caso recordar aquí de qué manera, durante esos años, la justicia penal se consideró como uno de los factores determinantes para distinguir entre un orden tiránico y otro ilustrado, propio de las naciones "civilizadas". Aun dentro de su entusiasmo, como lo refleja la cita, los reformadores eran bien conscientes de las dificultades

[1] Lardizábal, *Discurso*, 1782, prólogo, p. iii.

que entrañaba la empresa. Tal vez no lo fueran tanto, en cambio, del hecho de que aquellas dificultades traían causa, en buena medida, en la indisoluble vinculación entre unas formas de hacer justicia y las creencias profundas que daban sustento al orden social del Antiguo Régimen, que contribuían a la solidez de su constitución plurisecular y que no necesariamente eran objeto del embate reformista. La distancia entre "diseño y realidad" a la que hace alusión Fernando Martínez, en este caso, podríamos decir, entre el sentido de unos textos que declamaban innovaciones y unas prácticas adheridas a la tradición —y a las creencias profundas del orden antiguo—, se convierte aquí también en una nota característica de las historias posibles de la justicia penal en tiempos de transición.

En el caso de los contextos hispanoamericanos, la lectura suele complicarse cuando la historiografía entrecruza la ruptura del orden colonial con la progresión del Estado liberal. Aunque la falsa correspondencia entre "modernidad e independencia", construida por las tradicionales historias nacionales, ha sido ya suficientemente denunciada por la nueva historiografía, la lectura de los textos relativos a la justicia penal suele acusar ese sesgo evolutivo que con tanta fuerza marcó en su momento (y en buena medida lo sigue haciendo) el discurso jurídico referido a la génesis del derecho penal liberal. En la medida en que las independencias fueron leídas no sólo como origen de los nuevos Estados sino, especialmente, como puntos de partida de los procesos de liberación del absolutismo, las normas revolucionarias fueron muchas veces interpretadas desde la presupuesta intención de abandonar el "feroz" derecho penal del Antiguo Régimen por otro más acorde con el nuevo orden republicano.

Aunque, como decíamos, buena parte de la historiografía más reciente ha tirado por tierra estos viejos consensos, el estudio de las prácticas institucionales y en particular la historia jurídico penal suele seguir acusando la influencia de aquellas tendencias interpretativas. Un enjundioso artículo sobre la "génesis de la penalística argentina" ofrece un balance que puede servir de ejemplo aquí. Nos dice el autor, haciendo una primera lectura general, que "...se advierte que el derecho penal de la primera mitad de siglo es un derecho de aliento revolucionario, nutrido por la persistencia de la legislación española, y de inspiración humanitaria. Los caracteres primero y tercero orientaron una nueva legislación casuística, fragmentada, que por otra parte restó condicionada por su provincialidad o falta de alcance nacional".[2] Al margen del recurrente sesgo que exige

[2] Álvarez, "Génesis", 2002, p. 14.

la presencia de atributos "nacionales" en momentos en los que sólo se asistía a la diáspora de espacios políticos producida por el quiebre de la Monarquía, la cita nos muestra también la querencia evolutiva al calificar como humanitaria la nueva legislación nacida de la revolución. Aunque, hablando con rigor, el artículo que acabamos de citar da buena cuenta del posicionamiento ideológico más bien conservador de los prohombres de la independencia del Río de la Plata, tal vez aquellos sesgos llevan al autor a celebrar como nueva doctrina la norma patria de 1817 que obligaba a consultar con los tribunales superiores la ejecución de penas aflictivas.[3]

Se ha dicho que uno de los problemas metodológicos más significativos de la historiografía americana es el que deriva de sobredimensionar las consecuencias de la oposición colonial-nacional y tomar como punto de partida una fecha (aquella de la emancipación) de la que no siempre deben esperarse novedades relevantes para el tiempo inmediato posterior.[4] Quizá esto contribuya a las dificultades para distinguir entre lo antiguo y lo nuevo, tal como lo refleja el ejemplo anterior. Frente a este escollo, la propuesta de enfocar el periodo de transición como unidad cronológica en sí, desde finales del XVIII hasta mediados del XIX parece la opción más adecuada. Pero el problema no se resuelve sólo con este ajuste cronológico. El sesgo de una perspectiva evolutiva en materia penal también se hace presente en estudios cuyos autores se muestran advertidos de los problemas derivados de la cronología tradicional. Así, una tesis sobre la historia de la justicia penal en Buenos Aires entre 1785 y 1853, leída en la Universidad de Arizona y publicada en 2001 en Argentina, nos ofrece un buen ejemplo de aquella señalada dificultad para discernir entre lo antiguo y lo nuevo. Entre los testimonios de lo que califica como un "nuevo discurso judicial basado en principios liberales" para la primera década del XIX, el autor señala el argumento de un pleiteante según el cual las pruebas para condenar, en causa criminal, "deben ser como la luz del mediodía, porque es más justo y santo que el culpado quede sin castigo, que el inocente condenado".[5]

Una adecuada perspectiva cronológica no es suficiente cuando la precomprensión del pasado nos lleva a confundir una metáfora medieval con un principio liberal. El sesgo evolutivo hace presuponer que la formulación (no así la

[3] *Ibid.*, p. 61.
[4] Van Young, "Conclusion", 2001.
[5] Barreneche, *Ley*, 2001, p. 77.

lectura) del principio *in dubio pro reo* es de factura liberal. Estos ejemplos, en nuestra opinión, demuestran los condicionamientos señalados y justifican la necesidad de estudiar las doctrinas y prácticas en un contexto específico para comprender las diferentes fuerzas que actúan sobre las instituciones de una sociedad en transición. Desde esta perspectiva, intentamos ofrecer aquí los primeros avances de una investigación dedicada a la justicia penal de Córdoba (Argentina) desde las últimas décadas de la época colonial y hasta la primera mitad del siglo XIX. Esperamos que el arco cronológico y la determinación contextual nos ayuden a evaluar el sentido con el que los textos normativos de los primeros gobiernos patrios y la primera Constitución de la República de Córdoba fueron producidos e interpretados para determinar en qué medida alentaban cambios o consolidaban tradiciones. En resumen, nos preguntamos ¿cuál fue el impacto de la emancipación y de la primera experiencia constitucional en la práctica penal de Córdoba? En primer lugar procuraremos identificar las tensiones a las que estaba sometida la justicia criminal en las últimas décadas del periodo colonial. En un segundo momento haremos un rápido análisis del tenor normativo de la legislación revolucionaria y constitucional producida entre 1810 y 1821. Con estos elementos buscaremos poner de relieve las características de la justicia penal de la República de Córdoba (1820-1853), utilizando tanto el material legislativo como los registros de archivo con el propósito de responder, ya en fase conclusiva aunque de momento provisional, a la pregunta que acabamos de hacer.

2. LA JUSTICIA PENAL EN LAS POSTRIMERÍAS DEL ORDEN COLONIAL

Si los líderes de la emancipación hubieran debido afrontar una reforma profunda de la justicia penal, ésta no sólo podría haberse visto condicionada por la literatura ilustrada que algunos de ellos tenían al alcance de sus manos, sino que también se habría visto influida por su experiencia inmediata, por la percepción que ellos, como dirigentes, tendrían acerca de los problemas de la administración de justicia. Cuál era esta experiencia. Cuáles eran los problemas de la justicia penal según los actores de la época, más allá de su conocimiento de, o de su adhesión o rechazo a las nuevas corrientes doctrinarias. Para el caso de Córdoba no es muy difícil responder a estas preguntas gracias a los registros que

han quedado con motivo de las medidas aplicadas por la Audiencia de Buenos Aires. Estos registros nos permiten distinguir al menos dos focos de valoración diferentes con respecto al estado de la justicia criminal. Uno es el que se manifiesta en el discurso de la Audiencia, otro el que aparece articulado por los jueces locales y vecinos (en sentido estricto) de la ciudad.

Hacia 1785 Córdoba era la ciudad más importante del interior del Río de la Plata. Unos años antes se había convertido en la capital de la intendencia homónima. Contaba con un centro de formación en artes y teología y era sede episcopal, además de estar adornada por diversas órdenes religiosas. Un extenso e indefinido territorio, casi de 50 leguas a cada viento, componía la jurisdicción de la ciudad, con una población que hacia el final del periodo colonial superaba las 60 mil almas, la inmensa mayoría de ellas dispersas por la campaña. A pesar de su tradición cultural, la justicia en Córdoba había estado durante casi toda su vida colonial en manos de jueces legos. Los vecinos que participaban de los oficios capitulares, ejerciendo como alcaldes ordinarios, eran los que llevaban el grueso de la actividad jurisdiccional ordinaria. Junto con ellos un teniente de gobernador, también parte del vecindario, y un distante gobernador, completaban el cuadro de magistrados para el fuero común. Con las reformas borbónicas, la actividad de los alcaldes se vería algo más controlada por el Intendente y su teniente letrado, todos actuando como jueces de primera instancia. Hasta dichas reformas, los gobernadores de la provincia del Tucumán habían actuado también como jueces de apelación, constituyendo una instancia intermedia (muchas veces definitiva) entre los jueces de la ciudad y la lejana Audiencia del distrito, por entonces, la de Charcas. El régimen de intendencias terminó con esta práctica, reconduciendo toda actividad de segunda instancia a las audiencias. La ciudad de Córdoba quedó finalmente adscripta al distrito de la de Buenos Aires, creada en el contexto de las reformas borbónicas y efectivamente instalada en 1785.

Además de los dos alcaldes ordinarios, el teniente y el gobernador intendente, un extenso número de vecinos participaba en la administración de justicia. Algo más de 80 jueces pedáneos actuaban como comisionados en la campaña, con capacidad para aprehender y hacer las primeras informaciones. Dos alcaldes y un provincial de la Santa Hermandad completaban el cuadro de los oficios que custodiaban las zonas rurales. Catorce alcaldes de barrio cumplían las mismas funciones comisariales en los cuarteles del casco urbano. Los fiscales para llevar las acusaciones de oficio se nombraban de forma *ad hoc*,

recayendo las designaciones en los vecinos considerados más capaces de ejercer ese cargo. Las defensas de pobres y menores solían estar en manos de algún vecino designado por el cabildo. Un pequeño grupo de hombres acostumbrados a la práctica del foro se repartía los encargos de la justicia, a veces ayudados por alguno de los pocos letrados residentes. Aunque desde 1795 la universidad local comenzó a expedir grados de licenciado y doctor en Derecho, hacia 1809 la ciudad apenas contaba con nueve abogados, de los cuales sólo dos se hallaban dedicados a la profesión.[6]

Desde la perspectiva de la Audiencia, la justicia en el interior del virreinato se mostraba poco eficaz para castigar una criminalidad que se percibía en crecimiento constante desde hacía varias décadas. Al mismo tiempo, se la consideraba poco arreglada al orden del derecho, es decir, ejercida sin las formalidades requeridas por el estilo y la doctrina para una recta administración de justicia.[7] Este juicio negativo sobre la rectitud de la justicia del interior no era nuevo y se sostenía principalmente en tres premisas: *a)* las enormes distancias que separaban a las ciudades de los tribunales regios, lo que dificultaba sobremanera el control superior; *b)* el carácter predominantemente lego de los jueces que ni siquiera podían contar fácilmente con letrados asesores, y *c)* el alto grado de integración social de los jueces ordinarios, normalmente vecinos del lugar o foráneos vinculados por parentesco con las elites del lugar, lo que les hacía necesariamente sospechosos de parcialidad. Desde los primeros tiempos de la colonia, muchos testimonios críticos sobre la forma de hacer justicia en las distantes ciudades del interior giran en torno a estos presupuestos.[8] Junto con la sospecha de parcialidad por el arraigo, la supuesta incuria de los jueces contribuía a sostener la imagen de una justicia "altanera y despótica", protegida por la distancia, como la calificó hacia 1771 el fiscal de Charcas al informar sobre la necesidad de establecer una nueva audiencia en la región (que finalmente se instalaría en Buenos Aires).[9]

Más allá de que estas críticas fuesen ciertas o no, esa percepción de desorden y abuso llevó a la flamante Segunda Audiencia de Buenos Aires a enviar una circular a todas las justicias del interior del virreinato exigiendo que: *a)* comuni-

[6] Luque, *Abogados*, 1943, p. 14.
[7] Mariluz, "Real", 1952.
[8] Por ejemplo, veáse Matienzo, *Gobierno*, 1967, p. 271.
[9] "Memorial", 1946, pp. 346-349.

caran al tribunal la noticia de todo delito grave dentro de su jurisdicción, *b)* tomaran obligatoriamente parecer letrado antes de fallar las causas, y *c)* consultaran con el tribunal, antes de su ejecución, las sentencias en las que se impusieran penas aflictivas o de vergüenza pública. La circular de la Audiencia hacía hincapié en que las causas debían instruirse del modo "más formal" y "conforme a Derecho", aunque al mismo tiempo recordaba la necesidad de proceder "a la maior brevedad" para que los delincuentes tuviesen un "pronto y exemplar castigo".[10] El enfrentamiento entre la "necesaria" celeridad del castigo y el respeto por las reglas formales de la administración de justicia es aún hoy un tópico de discusión en materia procesal penal; lo era en el contexto colonial como lo fue en el pensamiento ilustrado[11] y también, como lo señala Fernando Martínez en este volumen, en los desarrollos de la justicia decimonónica española.

Para los vecinos de Córdoba, cumplir al pie de la letra las exigencias de la Audiencia significaba tornar ilusorio el castigo en la mayoría de los hechos con los que cotidianamente lidiaban las justicias locales. Coincidían con la Audiencia en la necesidad de mejorar la eficacia de la justicia. Desde hacía tiempo invadía al grupo de familias principales una sensación de zozobra frente al aumento constante de hechos violentos y, sobre todo, frente al incontrolable auge del robo de ganado, principal causa de preocupación de los dirigentes propietarios de una comunidad tradicionalmente ganadera. Ya unas décadas atrás esta sensación había llevado al cabildo de la ciudad a instar ante el gobernador y luego ante el Consejo de Indias un recrudecimiento de las penas para contener la cantidad de muertes y heridas violentas cometidas por "indios, mestizos, negros y mulatos" a los que calificaban como gente *tan depravada* que se burlaba de los castigos ordinarios.[12] No podemos analizar ahora en profundidad las causas de esta percepción, pero lo cierto es que el incremento demográfico de la población de castas, la extinción del sistema de encomiendas por la progresiva disminución de la población aborigen, las condiciones de un

[10] "Acuerdo para que se libren cartas circulares a los gobernadores intendentes y sus subdelegados y Alcaldes Ordinarios de las ciudades y villas del distrito de esta Real Audiencia para que siempre que ocurra algún delito grave lo participen", fechado en Buenos Aires el 11 de agosto de 1785, en Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Real Audiencia y Cámara de Apelaciones, Superintendencia, leg. 110, núm. 3. Sobre este acuerdo, Mariluz, "Real", 1952.

[11] Véase el cap. XIX, "Prontitud de la Pena", en Beccaria, *Tratado*, 1993 [1774], pp. 103-109.

[12] La instancia se puede ver en Archivo General de Indias (en adelante AGI), Charcas 210.

territorio que permitía la vida en la campaña para quienes se veían marginados de las estructuras domésticas tradicionales (sin pueblos, lejos *de la Justicia, y de los Curas*, como diría el primer gobernador intendente)[13] y las consecuentes dificultades para controlar el robo de ganado, contribuían seguramente a generarla.

Las medidas impuestas por la Audiencia pronto generaron algunas reacciones en Córdoba. A pedido de un alcalde ordinario, el teniente letrado de la intendencia hizo una interpretación del texto del alto tribunal según la cual estimaba "conforme al espiritu de lo dispuesto por su Alteza", dar noticia sólo de los delitos graves y no de aquellos que "frequentemente ocurren y que el indispensable retardo de las superiores resoluciones no consiliaba su correccion". Entre estos delitos, según la interpretación del teniente, se debían contar "los robos de ovejas, caballos y vacas que a cada paso se experimentan", la "desobediencia de un indigno", las pendencias "sin efucion de sangre y otros". Indicaba entonces el modo de proceder: "En estos debe el juez siendo el perpetrador de baxa suerte corregirlo a su arbitrio, sin el requisito de consulta bien con la imposición de algunos azotes en lugar no mui publico o destino a obras publicas por algunos meses, siendo termino en los de su parecer el de un año...".[14] Este era el sentir de un hombre letrado que hablaba desde un puesto clave en el gobierno de la república. La filiación borbónica de su oficio no le impedía sintonizar armónicamente con los requerimientos puestos de manifiesto en la solicitud de aclaratoria del alcalde ordinario.

Los jueces de Córdoba vieron así legitimada una práctica represiva ya habitual que consistía en imponer penas ligeras, por lo general de azotes, sin más procedimiento que una simple confesión, en el mejor de los casos. Sin embargo, a los pocos años la Audiencia de Buenos Aires desautorizó la interpretación del teniente letrado de Córdoba. En 1788 multó a un alcalde ordinario que mandó azotar a un reo sin formarle causa alguna. De nada le sirvió al alcalde de Córdoba alegar que actuó "afirmado en el dictamen dado por el Teniente asesor" ni haberse sincerado ante el tribunal diciendo que no le pareció necesario formar causa por lo leve de la pena (que no excedió de un "corto número de

[13] "Informe del marqués de Sobremonte al Virrey Loreto, año 1785", en Torre, *Marques*, 1946, Apend. C.

[14] Archivo General de la Nación, Argentina (en adelante AGNA), Colonial, sección gobierno, tribunales, Sala IX, 38-6-7, leg. 223, exp. 11.

azotes") y porque de seguirse todas las formalidades no habría tiempo para castigar los delitos más graves "quedando por consiguiente impunes e insolentada la plebe de que abunda esta Capital y su comarca".[15] Francisco Antonio González, el alcalde multado, no hablaba desde la incuria de un hombre rústico, sino desde su condición de vecino principal que había cursado estudios de teología en el colegio universitario de la ciudad y bajo la convicción de que, según la cultura jurídica de su época, las condiciones del lugar permitían derivar excepciones a los principios generales de justicia. Además de la multa, la Audiencia pidió un informe al intendente sobre la interpretación que se había dado a su acuerdo circulado en 1785 referido a las causas criminales.

El intendente, respondiendo a la Audiencia, asumió los mismos argumentos que alcalde ordinario:

> [...] atendidas las circunstancias del Pais —decía—, la imposibilidad de seguir las causas a tantos delinquentes de robo de caballos, hacienda del campo, y otros semejantes que se cometen comúnmente por la Plebe y gente vil..., me persuade que es mui necesaria la providencia de facultar a los juezes ordinarios de esta Provincia para que en los hechos infraganti, en los que de sumaria resulte convicto el delinquente o sea sabida la verdad por su propia confesion, puedan ser castigados dentro de la carcel con el numero de veinte y cinco, o treinta azotes, y destino a obras publicas de la Ciudad por uno o dos años, según lo pida la calidad del robo, o delito feo, o reincidencia, que no sea de la mayor grabedad para exijir la formalidad de la causa y consulta.[16]

Sutilmente se deslizaba aquí, en el seno de la discusión sobre el deber de consulta, la cuestión relativa a la necesaria "formalidad de la causa" para los delitos leves. Según el gobernador, aquella providencia contribuiría al mayor escarmiento de los delincuentes que verían así un "inmediato castigo de los excesos en que tan frequentemente incurren". Pedía al tribunal que tuviese a bien admitirlo así, "por ser universal el clamor de los hacendados en los robos que experimentan de toda clase de ganados, y otras semejantes maldades...". Por último, solicitaba que se considerase la posibilidad de autorizar incluso a

[15] *Ibid.*, El descargo de Francisco Antonio González está fechado en Córdoba el 30 de diciembre de 1788.

[16] *Ibid.*, Informe del marqués de Sobremonte a la Real Audiencia de Buenos Aires, fechado en Córdoba el 6 de agosto de 1789.

los jueces pedáneos a proceder al castigo de robo de ganado cuando los reos fuesen aprendidos "matando una res agena o llebandose el caballo del vezino". Las tierras rurales de la campaña cordobesa exigían este tipo de medidas contra aquellos excesos, "por la constitución de sus habitantes y habitaciones que les proporcionan la facilidad de cometerlos y en que juzgo —concluía Sobremonte— se necesitan aun mayores demostraciones para contenerlos".[17]

Los argumentos del intendente defendiendo las necesidades represivas de su república, sostenidos también en la factualidad del lenguaje jurídico de Antiguo Régimen, revelan con nitidez cuál era el otro foco de tensión, desde la perspectiva local, con respecto a la justicia criminal. La Audiencia, atendiendo las razones expuestas por el intendente, dispuso autorizar a los alcaldes ordinarios de Córdoba para que: "...en los delitos de robos, y otros leves puedan según lo exixan sus circunstancias imponer las penas de veinte y cinco azotes y quatro meses de trabajo a las obras publicas, consultando su execucion con el referido Gobernador Intendente, de cuyo zelo se espera que propenderá a evitar todo abuso sobre este particular".[18]

El tribunal convalidaba así una práctica y un modo de proceder represivo que, a tono con los razonamientos de la época, al aligerar la respuesta penal relajaba los rigores procesales, permitiendo a las justicias locales proceder rápidamente en los casos que más constantemente aquejaban al orden social desde el punto de vista de los sectores dominantes. El canon sobre la recta administración de justicia de la Audiencia se flexibilizaba frente al *clamor de los hacendados*, quedando el intendente como responsable de evitar los posibles abusos que ya se presumían en la propia concesión y que habían preludiado la autorización que ahora se formalizaba.

Los registros de la época muestran que mientras los "ladrones de ganado" eran despachados con las mínimas formalidades con penas de azotes y trabajos públicos, la cárcel se congestionaba con los lentos procesos por delitos graves. De este modo las autoridades de la intendencia y del cabildo, mancomunadamente, gestionaban la jurisdicción criminal hacia la última década del XVIII con

[17] *Ibid.*

[18] Carta acordada de la Audiencia de Buenos Aires dirigida al gobernador intendente de Córdoba, fechada en Buenos Aires el 10 de septiembre de 1789. La citamos por un testimonio de la misma glosado en AGNA, Tribunales, Sala IX, 36-7-5, leg. 96, exp. 25. La Audiencia tuvo que conceder autorizaciones como ésta a varias jurisdicciones que plantearon problemas similares al de Córdoba. Mariluz, "Real", 1952, pp. 280 y ss.

un doble rasero del rito procesal que, mientras se mostraba lento y parsimonioso con los delitos graves, en los que se intentaba cumplir con la asesoría letrada y la consulta a la Audiencia, resultaba sumamente ágil y discrecional en la represión de los delitos menores y frecuentes.[19] Aun así, el razonamiento para legitimar castigos informales volvería a aparecer. En 1805, un alcalde ordinario de la ciudad hacía su descargo ante la Audiencia alegando que había castigado a un reo sin formarle causa:

> [...] porque a los de ygual naturaleza, y delito se corrijen sin ella en esta Ciudad que abunda de semejantes ociosos bagamundos y dañinos en las Haziendas de Campo de que se halla ynfestada esta Jurisdicion, y si se le formaran causas a semejantes sujetos, o de yguales delitos no podrían custodiarse en la Real Carzel por que no cupieran en ella, ni tampoco los Juezes y Escrivanos pudieran expedir el curso de sus causas.[20]

El descargo iba firmado también por un letrado asesor. Su defensa nos muestra nuevamente el sentir de los notables del lugar, incluidos los letrados.

La necesidad de reprimir de manera casi inmediata, de imprimir a la respuesta punitiva un carácter de corrección doméstica, de construir una penalidad de ligero fuste impuesto sin formalidades jurisdiccionales, afloraba una y otra vez a pesar de los intentos reguladores de la Audiencia. Aquella "necesidad" se canalizaba también a través de estrategias que ya no pertenecían estrictamente a la justicia sino a la de un reluciente poder policía. Desde la intendencia se llevó adelante una política de asentamientos compulsivos en las fronteras del territorio que apuntaban explícitamente al control de la población dispersa y sin arraigo, irremisiblemente vinculada en la óptica dominante a la delincuencia de la campaña. Aunque eventualmente los traslados compulsivos a la frontera aparecían como corolarios de un proceso criminal, lo habitual es que se dispusieran en forma masiva mediante bandos de policía. Precisamente apoyándose en el artículo 56 de la Ordenanza de Intendentes, referido a las causas de policía, el intendente promovió en 1795 una junta de hacendados para que todos contribuyeran proporcionalmente, según el número de cabezas de

[19] Agüero, "Jurisdicción", 2006.

[20] Informe de Felipe Antonio González a la Real Audiencia, fechado en Córdoba el 18 de marzo de 1805, en AGNA, Tribunales, Sala IX, 36-7-5, leg. 96, exp. 25.

ganado de cada uno, a afrontar los gastos para realizar "una redada de vagos y malentretenidos y conducirlos al puerto de Buenos Aires para ser destinados a los navíos de la Corona". A los pocos días, 122 hombres fueron enviados al puerto con "una nota del juez de su domicilio acreditando su modo de vida" por todo proceso. Sin embargo, la Audiencia desautorizó la forma de proceder del intendente y resolvió liberar a los reos y enviarlos de regreso a Córdoba.[21] Al igual que los azotes sin formalidad previa, el patrón económico (doméstico) del poder policía tensaba la cuerda de lo que entonces podía considerarse el procedimiento necesario para asegurar la justica de un castigo. El poder doméstico de los hacendados y el de la Monarquía, articulado como poder policía, colisionaban así con unas antiguas reglas de justicia que ya no se percibían adecuadas para responder a las necesidades del momento. ¿Qué rumbo tomó la justicia penal en Córdoba después de la independencia?

3. REVOLUCIÓN, INDEPENDENCIA Y RESTAURACIÓN

3.1. El discurso normativo en la primera legislación patria (1810-1820)

Tras la deposición del virrey decidida en mayo de 1810 en el cabildo de Buenos Aires, la lealtad monárquica de la dirigencia de Córdoba fue rápidamente sofocada por las fuerzas revolucionarias enviadas desde la capital que fusilaron a un grupo de notables que había salido hacia Perú en busca de apoyo realista. A partir de este episodio la ciudad comenzó a participar de los primeros gobiernos que, desde Buenos Aires, intentaban mantener unido el viejo distrito virreinal. Con una Asamblea declarada soberana en 1813, comenzó a consolidarse la ruptura con la antigua metrópolis. A pesar de las tensiones políticas internas y los continuos fracasos constitucionales, los primeros gobiernos de Buenos Aires promulgaron una serie de normas que pretendían regir en cada uno de los pueblos del antiguo virreinato. Una lectura detenida de los diversos textos produce la sensación de que la reforma de la administración de justicia en los niveles inferiores no estaba en la agenda revolucionaria. Ciertamente que en la efervescencia del contexto revolucionario se producen normas que portan

[21] Garzón, *Crónica*, 1898, p. 351; Mariluz, "Real", 1952, p. 289.

elementos de la nueva axiología política: se garantiza la "seguridad individual", se reconocen derechos de los ciudadanos (vida, honor, libertad, propiedad), se afirma la separación de poderes, etc. También en dicho contexto se revitalizan antiguos preceptos algo descuidados en la práctica, como la exigencia de *semiplena* prueba o *indicios vehementes de crimen* para proceder al arresto de un ciudadano (Decreto de Seguridad Individual, 1811, art. 2). Incluso no faltaron en ese contexto quienes proyectaron una transformación de la justicia a tono con la admiración de los ilustrados por las instituciones inglesas, proponiendo que el "proceso criminal" fuese por jurados y de carácter público (Proyecto de la Comisión Oficial, 1812).[22]

Sin embargo, desde 1812 el tenor de los textos indica que el proceso revolucionario se inclinaba hacia una transición más apacible, decididamente conservadora de los viejos modos de hacer justicia. Más allá de los análisis posibles sobre las diferentes ideologías en punga, en los que aquí no podemos entrar, basta con la lectura de las normas más significativas de la época para comprobarlo. El Reglamento de Institución y la Administración de Justicia de enero de 1812, después de declarar la necesidad de suprimir la antigua Audiencia para crear una nueva Cámara de Apelaciones, expresaba en su artículo primero: "No hay motivo para ampliar o restringir la jurisdicción de los jueces ordinarios; consiguientemente será la misma que hasta aquí; pero se ejercerá con arreglo a las leyes que han debido regirlos". De qué servía haber declarado la separación de poderes si se conservaba intacta la jurisdicción ordinaria, con toda la carga que este concepto tenía en la semántica jurídica de Antiguo Régimen. Tal vez algunas innovaciones, como la instauración de un Tribunal de Concordia como instancia previa al conocimiento judicial (art. 42) o la remoción del requisito de la firma letrada en aras a la protección del "derecho natural" a la propia defensa en juicio (art. 35), pudieran reflejar el carácter pragmático de un genuino intento de reforma que debía necesariamente apoyarse en los viejos elementos para adentrarse en los caminos de un cambio posible. Sin embargo, la marcha legislativa posterior no permite sostener esta hipótesis.

El primer artículo del nuevo Reglamento de Administración de Justicia dictado por la soberana Asamblea de 1813, mantenía igualmente "La jurisdicción de los jueces ordinarios... sin la menor ampliación o restricción...". En tér-

[22] Los textos legislativos y proyectos constitucionales que se citan en esta sección han sido tomados de San Martino, *Documentos*, 1994.

minos institucionales las cosas se retrotraían a los tiempos previos a las reformas borbónicas: las apelaciones volvían a ser competencia del gobernador y su teniente (art. 14). El reglamento corregía algunas novedades del anterior, incluyendo la reposición del requisito de la firma letrada para los escritos presentados en el foro (art. 9). Al igual que el reglamento de 1812, la referencia textual a las causas criminales se introducía con los fines de manifestar la necesaria "brevedad" que reclamaba su despacho. La justificación humanitaria de la preferencia y brevedad con la que debían resolverse las causas criminales servía para aclarar que en dicha tarea no habría día festivo que interrumpa el proceso (art. 28 y art. 10, respectivamente). El texto de 1812 era algo más explícito y recordaba la eterna tensión entre eficacia y garantía señalando que las causas criminales exigían un despacho "tan breve como detenido". Ya sabemos cuál era la experiencia inmediata anterior de la dirigencia de Córdoba a este respecto.

En medio de la apuesta por conservar las viejas instituciones, los tiempos imponían también su cadencia y se abría así un espacio para innovaciones que se tornaban ineludibles. Algunas de ellas lograrían cierta estabilidad normativa, como la prohibición del "detestable uso de los tormentos, adoptados por una tirana legislación para el descubrimiento de la verdad", según rezaba el texto de una ley especial de la Asamblea de 1813. Otras, en cambio, todavía deberían afrontar los vaivenes propios de la época de transición. Así ocurrió con la abolición del juramento procesal para todas las causas civiles y penales, también dispuesta por ley de la Asamblea en ese mismo año y que fue restaurado parcialmente en el llamado Estatuto Provisorio de 1815. Este último texto y el Reglamento de 1817 ya tenían una aspiración más compleja, abarcando toda la organización del Estado. Muchas de sus normas llegarían a consolidarse en textos constitucionales posteriores. Además de organizar los poderes bajo la fórmula trina, incluían normas relativas a los derechos del hombre, garantías de la seguridad individual, normas sobre hacienda, milicias, etc. Son sin duda los textos jurídicos más importantes de la época y ambos fueron jurados en el cabildo de Córdoba y demás pueblos del antiguo virreinato. También en ellos se percibe la inercia aplastante de una concepción de la justicia que poco tenía que ver con los derechos y libertades que al mismo tiempo se declamaban. Podían declararse garantías modernas, pero su eficacia quedaba desbaratada por otros enunciados del propio texto que guardaban mayor sintonía con las convicciones del mundo que se decía estar abandonando. Veamos algunos ejemplos.

Parecía quererse instaurar un orden de legalidad de inspiración francesa: "Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley clara, y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe" (secc. 7a., cap. 1, art. 2, en ambos textos). Guardando coherencia con este principio se afirmaba: "El crimen es sólo la infracción de la Ley que está en entera observancia y vigor, pues sin este requisito debe reputarse sin fuerza" (*ibid.*, art. 3). Incluso la garantía de legalidad se proclamaba contra el tradicional poder de los jueces: "Toda sentencia en causas criminales, para que se repute válida, ha de ser pronunciada por el texto expreso de la Ley, y cualquiera infracción de esta es un crimen en el Magistrado, que será corregido con el pago de costas, daños y perjuicios causados" (secc. 7a., cap. 1, art. 5 en 1815 y secc. 4a., cap. 3, art. 13 en 1817). Sin embargo, ¿cuál era el concepto preconstituido de "ley"? Fiel al imaginario de la antigua cultura jurisdiccional, el texto de 1815, con los fines de hacer operativa la garantía de legalidad antes mencionada, declaraba:

> Todos los Mandamientos, Ordenes, Decretos, o Acuerdos, que en uso legítimo de su autoridad expidan los Magistrados, como el Director del Estado, la Cámara de Apelaciones, Gobernadores Intendentes de Provincia, y Tenientes Gobernadores para el buen orden de los Pueblos, y dirección de los negocios de su Instituto, deberán ser por escrito, expresando con claridad la pena en que incurran los infractores.[23]

¿Qué posibilidad tenía de hacerse efectiva una garantía de legalidad con esta noción de "ley" y bajo un paradigma de autoridad pública basado en un concepto de "magistrado" en el que resultaban igualmente incluidos como productores de legalidad penal el director del Estado, el gobernador intendente, la Cámara de Apelación, etc.?

En sintonía más explícita aún con el Antiguo Régimen, el texto de 1817 reemplazó el último artículo citado para colocar después de aquel referido a la legalidad de las sentencias criminales —que se mantuvo en idénticos términos— este otro: "No se entiende por esto derogadas las leyes, que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los jueces, según la naturaleza y circunstancias de los delitos; ni restablecida la observancia de aquellas otras, que por atroces e inhumanas ha proscripto o moderado la práctica de los

[23] Estatuto Provisorio de 1815, en San Martino, *Documentos*, 1994.

Tribunales superiores".[24] Cualquier jurista castellano del siglo XVII podría haber redactado esta norma en idénticos términos. En este mismo cuerpo normativo se resolvía el problema de la ley aclarando que hasta que la futura Constitución determinara otra cosa, seguirían en vigencia:

> todos los Codigos legislativos, Cedulas, Reglamentos y demás disposiciones generales, y particulares del antiguo Gobierno Español, que no estén en oposición directa, ó indirecta con la libertad é independencia de estas Provincias, ni con este Reglamento y demás disposiciones, que no sean contrarias a él, libradas desde veinticinco de mayo de mil ochocientos diez.[25]

El criterio primordial que servía para depurar la vieja cultura jurídica no venía dado por una nueva concepción de los sujetos de derecho, sino por la protección de la antigua libertad corporativa, la independencia de *las Provincias*.

El efecto conservador de estos textos no derivaba en un mero problema de conceptos modernos mal asumidos. Si el lenguaje normativo de este protoconstitucionalismo se muestra así de contradictorio, en buena medida ello obedece a la tenaz resistencia de los elementos que procedían de lo más profundo del imaginario político del orden colonial. Entre ellos una religión, la Católica Apostólica Romana que se decía ser la del Estado (secc. 1, cap. 2, art. 1, en ambos textos) y que no se mandaba a proteger por "leyes sabias y justas" sino que se posicionaba como ley fundamental del país (*Todo hombre deberá respetar el culto público, y la Religión Santa del Estado. La infracción de este artículo será mirada como una violación de las leyes fundamentales del País. Ibid.*, art. 2). La disciplina social de la religión no se limitaba entonces al campo espiritual. Imponía normas y valores, así como una representación del mundo donde la justicia cumplía un papel esencial de conservación de un orden preestablecido. La familia, el ámbito de la casa, del poder del *pater familias*, con sus potestades, su poder correctivo y sus claves de vinculación por medio del parentesco y la amistad, venían también preconstituidos en la ontología moral impuesta por la religión. A esa ontología remitían estos textos patrios cuando tras haber enumerado los derechos de "los habitantes del Estado" (vida, honra, libertad, igualdad, propiedad y seguridad), se establecía entre los "deberes de todo hom-

[24] Reglamento de 1817, en San Martino, *Documentos*, 1994.

[25] Reglamento de 1817 (secc. 2a., cap. 1, art. 2), en San Martino, *Documentos*, 1994.

bre en el Estado" el de "merecer el grato y honroso título de hombre de bien, siendo buen Padre de familia, buen hijo, buen hermano, buen amigo" (secc. 1, cap. 6, art. 5 en ambos textos).[26] Esta serie de conceptos funcionales, con su valor normativo, sostenía las reglas fundamentales de una trama social que había sido y seguía siendo la misma, con independencia de las independencias políticamente declaradas. Reglas entre las que la corrección doméstica formaba parte de los mecanismos de socialización de los sujetos sometidos a una disciplina corporativa. Quizá venga al caso recordar que una providencia general del Estatuto de 1815 restableció la autoridad de los maestros de enseñanza y educación pública para corregir a sus discípulos, después que fuera abolida por la Asamblea de 1813.

Estos enunciados componen el contexto necesario para interpretar, en todo su sentido, las normas en las que, como en los primeros reglamentos, se decía: "Seguirá la administración de justicia los mismos principios que hasta el presente..." (secc. 4a., cap. 3, art. 1, 1815), o bien, "La Administración de Justicia, seguirá los mismos principios, orden y método que hasta ahora se han observado según las leyes..." (*ibid.*, 1817). Ciertamente que dicha expresión de continuidad se hacía bajo la condición de nuevas medidas, pero éstas no eran más que leves ajustes del viejo orden. Así, la ya referida prohibición de ejecutar sentencias de presidio, azote o destierro sin previa consulta con los tribunales superiores, incorporada en el texto de 1817, no significaba, como lo decíamos al comienzo de estas páginas, ninguna innovación con respecto al orden colonial. Y tan en sintonía estaba esta norma con la cultura jurídica de Antiguo Régimen que, aunque haciendo explícito algo que antes venía por lo general supuesto en la doctrina, después de estipular la mencionada prohibición contemplaba su excepción para el "extremo caso en que por conmoción popular, u otro inminente peligro de la salud pública no pueda diferirse la ejecución de lo sentenciado, dándose siempre cuenta con los autos a las Cámaras" (secc. 4a., cap. 3, art. 11 y 12, 1817). Como en buena lógica jurisdiccional, la coyuntura,

[26] Si bien se trataba de la adaptación de un enunciado de la Constitución francesa de 1795 (Devoirs: art. 4. - *Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux)* el deliberado tenor conservador de la legislación rioplatense se manifiesta en los criterios selectivos que se utilizan para incorporar un enunciado como éste y descartar otros como los que, en el mismo texto francés, afirmaban la libertad de cultos y el sometimientos de éstos a la ley y a los derechos naturales del hombre (Tít. xiv, *Dispositions générales*, art. 352 y art. 354), transformando así el sentido funcional de los conceptos y el significado normativo que aquella formulación podía tener en su contexto originario.

la oportunidad y conveniencia de cada república, confiada a la prudente valoración de sus jueces, seguía siendo causa reconocida de normatividad.

Siendo textos producidos en contextos más afianzados, ya se podían abandonar novedades de dificultosa materialización como el Tribunal de Concordia previsto en 1812, ahora extinguido pero con la obligación impuesta a todos los jueces de primera instancia de invitar a las partes a la "transacción y conciliación de ellas por todos los medios posibles" (secc. 4a., cap. 3, art. 10, 1815 y secc. 4a., cap. 3, art. 24, 1817). No está de más decir aquí que la transacción y conciliación en las primeras instancias, incluso en materia penal, eran estrategias mucho más familiares para los juzgados de Antiguo Régimen de lo que normalmente se suele reconocer.[27] Junto con estas aparentes novedades y dejando de lado los aspectos institucionales —que muy pocos llegaron a concretarse—, en lo que hace a la justicia penal ordinaria de primera instancia, al margen declararse "restablecido el orden de derecho para la prosecución de causas criminales", derogando un procedimiento extraordinario instaurado en 1812, se introdujo una reforma que lograría cierto impacto en la praxis. Se autorizaba a los acusados a nombrar un *padrino* para que presenciara la confesión y las declaraciones de los testigos, con el propósito de controlar la fidelidad de lo asentado en actas y para ayudar al reo en todo aquello en que "por temor, pocos talentos, ú otra causa" no pudiera expresarse por sí, siendo dicho nombramiento a voluntad del reo y sin perjuicio del abogado o procurador establecidos por "la ley y práctica de los tribunales" (secc. 4a., cap. 3, art. 2, 1815 y secc. 4a., cap. 3, arts. 7 y 8, 1817). Ya la denominación de la figura nos indica la naturaleza doméstica del cargo al que se confiaba la intermediación entre la autoridad pública y la mayor parte de los reos que pasaban por la justicia ordinaria. Tendremos luego oportunidad de ver cómo funcionó esta institución en la práctica. Estas normas, junto con la abolición del tormento de 1813 —sobre el que nada se decía en los textos del 15 y del 17—, representaron las reformas más significativas, a la luz de la praxis posterior, en materia de justicia penal, dispuestas por la primera legislación patria. Otras normas de garantía como la prohibición de mantener incomunicado al reo después de la confesión o por más de diez días con "justo motivo" (secc. 7a., cap. 1, art. 16, 1815) no parece que llegaran a alcanzar una rigurosa observancia en la práctica. Tal vez por eso

[27] Agüero, "Clemencia", 2004.

ya el propio texto de 1817 contemplará la posibilidad de ampliar el plazo de la incomunicación indefinidamente (secc. 4a., cap. 3, art. 17, 1817).

3.2. Córdoba, de república a República. La Constitución de 1821

Las normas promulgadas por los primeros gobiernos establecidos en Buenos Aires fueron recibidas y juradas en el cabildo como antiguamente se había hecho con las cédulas del rey, aunque no necesariamente sus contenidos se incorporaron a la práctica local.[28] El rechazo de la vieja república que se sentaba en el cabildo de Córdoba a la *Constitución de las Provincias-Unidas en Sud América* de 1819 llevaría al consistorio municipal a proclamar su independencia, luego confirmada por una Asamblea provincial el 18 de marzo de 1820.[29] Esa misma Asamblea, dos días después, nombraría gobernador al general Bustos que venía de sublevarse con sus hombres del Ejército del Norte negándose a continuar en las guerras internas. Un sector de la historiografía ha señalado la vocación constitucional del general Bustos, celebrando el texto que puso en vigencia en 1821 como un importante antecedente de la Constitución argentina de 1853 y como un excelente modelo de constitución de la época. Promulgado como *Reglamento Provisorio para el régimen y administración de la Provincia de Córdoba*, y también conocido como *Constitución de la República Federal de Córdoba*, dicho texto rigió como Constitución de la República de Córdoba desde 1821 hasta 1855, con algunas modificaciones introducidas en 1847. ¿Qué entendían Bustos y sus partidarios por *constitución*?

Un documento circulado a los jueces pedáneos con las instrucciones para formar la Asamblea provincial que elegiría a Bustos, recordaba que el ejército sublevado por el general cordobés: "cortó de un golpe los lazos que nos ataban a una capital opresora [en referencia a Buenos Aires], y resolvió sostener con su fuerza los derechos de los pueblos, y hacer que bajo su garantía y protección se establezca de común acuerdo el nuevo sistema de federación y alianza a que tanto aspiran, y que es tan análogo a los diversos climas, caracteres, y costumbres que tienen las Provincias que componen esta parte de la América".[30] No tene-

[28] Peña, "Aplicación", 1967, p. 144.
[29] *Compilación*, 1870, t. I, p. 12.
[30] Celesia, *Federalismo*, 1932, t. II, pp. 183, 200 y 149.

mos espacio aquí para ahondar en este argumento, pero a la luz de testimonios como éste parece claro que, para los mentores del Reglamento de 1821, la Constitución ya existía; lo que hacía falta era un texto que, por analogía, se limitara a declararla, conservando así las costumbres de las Provincias. El imaginario político corporativo que durante siglos había sostenido el carácter y las costumbres de estas provincias como auténticas "comunidades perfectas", se refleja también en una carta que el propio general Bustos dirigió al teniente de Catamarca en la que le expresaba que "Un Territorio, o Distrito, sea qual fuere su extensión, y población, para considerarse libre, e independiente... debe contar en su seno con todo aquello que haya de necesitar para constituirse civil, eclesiástica y militarmente". No ha de extrañar que en su intento por lograr una constitución general Bustos propusiera que el Congreso de las provincias debía formarse con "un solo diputado por cada ciudad ".[31]

Estas imágenes y la simple lectura del texto de 1821 bastan para confirmar las mismas impresiones que deja la legislación patria. Además, tanto en materia de derechos y garantías como en lo relativo a los principios sobre la administración de justicia, el texto de Bustos incorporó casi en bloque las disposiciones contenidas en el Reglamento de 1817. Incluso en algunos aspectos se agregaron giros de mayor radicalidad conservadora. Así, a la declaración de la religión católica como ley fundamental y religión del Estado se agregaba: "...Y la única verdadera; su protección, conservación, pureza e inviolabilidad, será uno de los primeros deberes de la representación del Estado, y de todos sus magistrados, quienes no permitirán en todo el territorio otro culto público, ni enseñar doctrina contraria a la de Jesu-Cristo" (cap. v, art. 1).[32] Del mismo modo que en los textos del 15 y del 17, el Estado se asentaba, religión mediante, sobre un orden social ya constituido por una trama de normas que quedaban plasmadas en aquella serie de conceptos funcionales que el texto de Córdoba venía también a enfatizar cuando se refería a los deberes del hombre en sociedad: "Ninguno es hombre de bien, ni buen ciudadano, si no observa las leyes fiel y religiosamente; si no es buen hijo, buen hermano, buen amigo, buen esposo y buen padre de familia" (cap. III, art. 4).

Aunque se abundara en declaraciones construidas con el sonido moderno del lenguaje de los derechos individuales, del principio de legalidad y de la

[31] *Ibid.*

[32] Las citas a la Constitución de Córdoba de 1821 pueden cotejarse en Celesia, *Federalismo*, 1932, y en San Martino, *Documentos*, 1994.

división de poderes, aquellas normas por las que se colaba el pesado imaginario corporativo nos ayudan a entender por dónde pasaba la coherencia de un sistema en el que nada de lo que se preveía para garantizar tales derechos llegaría, jamás, a funcionar. La estructura de los poderes prevista en la Constitución sería casi por completo papel mojado, absorbidos aquéllos por la autoridad *paternal* del caudillo gobernador de turno a quien a menudo se le reconocerían, además, "facultades extraordinarias". La dirigencia de la antigua república, la "maior et sanior pars "de la sociedad cordobesa, ya no se sentaba en el ayuntamiento, sino en una Sala de Representantes que en 1824 declaró extinto el viejo cabildo por identidad de funciones.[33] ¿Qué penalidad podría esperarse de este "nuevo" orden republicano? Una concepción penal antigua se hacía explícita en el propio texto al comenzar el tratamiento "De los Tribunales de Justicia": "Facilitar el despacho de las causas civiles y criminales por competente número de magistrados, es uno de los primeros bienes de una República y el principal objeto que deben proponerse sus instituciones; el ciudadano logra sin dilación ver satisfechas sus acciones, y la República minorar el número de criminales con el pronto escarmiento de los delitos" (cap. XVIII, art. 1). El viejo clamor de los hacendados parecía jalonar el remate del artículo.

Al promediar la segunda década de la era poscolonial, la vieja República de Córdoba se había convertido en una república libre, independiente y soberana (cap. I, art. 2), pero muy poco había cambiado en su tejido social ni en su estructura institucional. El gobernador, asesorado por un letrado, constituiría el máximo tribunal, salvo en los breves lapsos en los que funcionaría una Cámara de Apelaciones de espasmódica existencia. En la ciudad, dos alcaldes ordinarios (letrados o, en su defecto, "ciudadanos de reconocida probidad") seguían ocupando los juzgados ordinarios, en principio, para todo el territorio provincial. En la campaña, extinguidos los alcaldes de Santa Hermandad, ocho pedáneos de alzada instaurados en 1823 y casi un centenar de jueces pedáneos de primera instancia, reclutados de entre los propietarios rurales y distribuidos por la extensa geografía, constituían el "aparato" de justicia de la nueva república. Los clamores de justicia, los de quienes podían hacerse escuchar, eran los mismos que al final de los tiempos coloniales, pero ya no debían lidiar con una Audiencia ajena a la corporación. Veamos qué curso tomó la justicia penal en la nueva República de Córdoba.

[33] Luque, "Extinción", 1984.

4. LA JUSTICIA PENAL EN LA REPÚBLICA DE CÓRDOBA, 1820-1850

4.1. Consolidación del patrón doméstico para la justicia de la campaña

A los pocos días de ser designado gobernador, a comienzos de 1820, Bustos emitió un bando en el que comenzaba a tomar cuerpo lo que sería el perfil definitivo de una *justicia expeditiva* en la campaña.[34] El tenor normativo se asemejaba a los tantos bandos penales que en las últimas décadas coloniales habían producido los gobernadores, aunque con un fuerte incremento en el rigor de las penas estipuladas. Lo significativo del bando es que hacía explícitamente extensiva a "los Alcaldes pedáneos..." la facultad de ejecutar penas de hasta 200 azotes para los ladrones sorprendidos *in fraganti* (art. 4). Los viejos comisionados rurales veían elevadas así sus competencias a unos niveles punitivos que antes sólo habían sido propios de los jueces ordinarios de la ciudad (y aun en este caso bajo condición de la consulta previa con la Audiencia). El bando ordenaba a los pedáneos a proceder "a la mayor brevedad " y una vez justificado el crimen por el sumario, mandaba imponer las penas con la humanitaria contemplación de que en el caso de los 200 azotes se aplicase por mitades en distintos días, remitiéndose luego los autos al gobernador. (art. 5). Para publicitar la ejecución, el bando disponía que fuesen citados con antelación los vecinos cercanos ("a un cuarto de legua a cada viento de la casa del alcalde") para asistir a la ejecución. Dos de los concurrentes, "de los más abonados", deberían firmar los autos junto con el pedáneo (art. 6). Finalmente, el bando contemplaba un dispositivo muy utilizado por las autoridades desde la segunda mitad del siglo XVIII que consistía en imponer al castigado, como adicional a la pena, la obligación de "conchabarse", esto es, entablar una relación de trabajo subordinado con un patrón de conocida calidad y "capaz de costear salarios". Dicha relación quedaba fijada por escrito en la llamada "papeleta de conchabo", exigible a cualquier persona que no tuviese propiedad u oficio conocido. El patrón podía imponer, con autorización del juez, la pena de 50 azotes en el caso de que el condenado quebrantase su régimen de conchabo (arts. 8 y 9).

En 1823, ya con el texto constitucional de 1821 vigente, el gobernador instauró un elaborado Reglamento para la administración de justicia en la campaña

[34] Bando del Gobernador Bustos, 19 de abril de 1820, en Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (en adelante AHPC), Gobierno, leg. 81, exp.19.

de Córdoba,[35] compuesto de quince capítulos con diversos artículos que no sólo imponían normas penales sino que, además, fijaban lo que sería la definitiva organización institucional de la justicia en la campaña cordobesa por lo menos hasta 1856. El Reglamento establecía una jerarquía entre los nuevos *jueces pedáneos de alzada*, uno por curato, con carácter de "juez ordinario" y nombrados directamente por el gobernador, y *pedáneos de primera instancia*, uno por cada una de las pedanías en las que se dividían los curatos de la provincia, con carácter de comisionados. El nuevo Reglamento resolvía expresamente el problema de la ejecución de las penas aflictivas, declarando no aplicable a la campaña la norma de la Constitución provincial que, siguiendo la vieja práctica colonial, obligaba a consultar las sentencias con los tribunales superiores. Su texto decía que la prohibición de ejecutar penas de azotes sin consulta admitía como toda ley su "justa interpretación y excepción en casos particulares principalmente cuando así lo exige el bien del Estado y el remedio de grandes males", y por lo tanto, para "facilitar el pronto escarmiento de los que fueren delincuentes", se declaraba no aplicable a la campaña la referida norma para los casos de delitos *in fraganti* y se consideraba, además, para los otros casos, como "tribunal superior" suficiente para la consulta a los nuevos jueces pedáneos de alzada. También aquí el procedimiento se limitaba a un breve sumario y a la confesión y descargos del reo, quedando registradas las sentencias y las ejecuciones en un libro al efecto (cap. 8, arts. 2 a 8, y cap. 9). Los pedáneos podían aplicar penas que iban desde los 25 a los 50 azotes para los hurtos, según el monto, y hasta 150 para el caso de heridas que pudieran causar la muerte. En casos de mayor gravedad, debían remitir al reo con un sumario escrito a los jueces ordinarios de la ciudad. Para evitar excesos, el reglamento estipulaba que los azotes se ejecutasen ante testigos y se imponía al juez una multa de un peso por cada azote de más que se aplicase por encima del número autorizado (cap. 9, arts. 7 y 8). Una justicia expeditiva, articulada sobre las mismas viejas prácticas del final de la Colonia, pero ya desligada de los antiguos condicionamientos, podía ahora cobrar cuerpo escrito sin necesidad de filtrarse tímidamente por los entresijos del viejo discurso jurisdiccional.

Las convicciones que sostenían esta configuración doméstica del castigo en la campaña se hacían explícitas en la introducción al capítulo 10 de este Reglamento, dedicado al "respeto debido a los jueces". Allí se decía:

[35] *Ibid.* Las citas que siguen relativas al Reglamento para la administración de justicia en la campaña de Córdoba están tomadas de la copia que consta en este legajo junto con el bando de 1820.

> Es un precepto sagrado que nos ha impuesto la misma religión tributar a los jueces los homenajes de la obediencia, y del respeto. En el cuarto mandamiento de la Ley de Dios se entienden también por padres a más de los naturales, los que se hallan constituidos en autoridad; y sólo a aquel los honra, quien los obedece y reverencia. El castigo de los delitos, el exterminio de los vicios, el premio del mérito, el germen de la virtud; la administración de justicia, la tranquilidad pública y en fin, el bien general del Estado, todo dependen de la observancia de esta sagrada ley.

Como en un rústico catecismo, el texto condensaba los atávicos elementos de la antigua doctrina del *iudex perfectus*:

> [...] se exhorta a todos los jueces de campaña a llevar una comportación honrada y circunspecta; a que sean suaves, apacibles, y familiares, sin degradación ni bajeza; benignos, sensibles, y compasivos; pero sin tocar en debilidad para administrar justicia, perseguir los vicios, y escarmentar al que fuere delincuente. Se exhorta igualmente a que guarden la posible decencia en el trato de sí mismos; a que sean decorosos en sus palabras, en sus acciones, y en sus obras, de suerte que jamás sean un motivo de vilipendio y escándalo los que deben ser los primeros en dar los buenos ejemplos.

El Reglamento para la justicia de la campaña de 1823 fue ratificado en 1830 por el gobernador Paz, vencedor de Bustos en el campo de batalla. Enemigo acérrimo de los "federales", Paz utilizaba el mismo lenguaje y las mismas técnicas frente a los mismos viejos problemas. En el año de su llegada al poder dictó un decreto para reprimir el abigeato, dando cuenta una vez más de la persistente sensación: "El abigeato o robo de ganados de toda especie —comenzaba el decreto— se ha hecho tan frecuente en la campaña, que difícilmente se encuentran hombres que no se hallen gravados en este crimen...". Aparecía también el recurrente problema de formalizar las causas para los delitos leves (...*no pudiendo reducirse a proceso todos aquellos* —robos— *que no excedan de una o dos cabezas...*) como fundamento para establecer un procedimiento "verbal y sumario" y "sin apelación" mediante el cual el juez de campaña, junto a dos vecinos, formando tribunal, castigarían con la irremisible pena de 50 azotes todo robo de una o dos cabezas de ganado.[36] Pocos años después, en 1834, atendiendo al malestar de

[36] Decreto de José María Paz, en *Compilación*, t. I, pp. 41-42.

los hacendados, la Sala de Representantes facultaba al gobernador para nombrar "cuatro jueces con autoridad ordinaria, en lo criminal, en los distintos puntos de la Provincia Norte, Sud, Naciente y Poniente" para que durante ocho meses saliesen a reprimir "los robos que asolan nuestra campaña". El texto de la ley concedía facultad a estos jueces para "poder prescindir del rigor de las formas prescriptas para la substanciación de los juicios, sin poder omitir las esenciales, que son la audiencia del reo y pruebas necesarias al esclarecimiento del delito". A pedido del gobernador, invocando "la continuación de la desmoralización de la campaña", la medida se prorrogó por ocho meses más en 1835.[37] Más allá de los cambios de gobierno, la única normativa penal que se dictó durante la primera mitad del XIX fue de este estilo, reprimiendo con azotes y meses de trabajo en la obra pública o en el servicio de armas, a los que de algún modo participaran del robo de ganado, ya de forma directa o bien encubriendo ladrones, transportando ganado sin las guías correspondientes o vendiendo cueros y derivados sin noticia del juez.[38] En 1850, un decreto del gobernador López destinado a proteger a los troperos de la fuga de sus peones, mandaba a toda autoridad civil o militar imponer hasta 500 azotes al que fuese capturado huyendo de su tropa para ponerlo luego bajo la autoridad de su patrón.[39]

La estructura de la justicia rural de Córdoba se mantuvo intacta incluso bajo el nuevo orden impuesto por la Constitución argentina de 1853. Un nuevo reglamento para justicia en la campaña promulgado en 1856 reemplazaba, por imperativo de la Constitución nacional (art.18), la pena de azotes por la de años de trabajo forzado o de enrolamiento militar (a razón de un año de trabajo por cada cabeza de ganado mayor objeto del robo). Este nuevo texto, acordado por "la junta de hacendados" y aprobado con algunas reformas en la Sala de Representantes, mantenía la vieja estrategia de someter a todo poblador rural no independiente a una estructura de trabajo. Se encargaba a los jueces pedáneos hacer una clasificación de la población de su distrito con el fin de identificar aquellos "comprendidos bajo la denominación de vagos" (cap. 3, art. 1).[40] La abolición de los azotes no conllevaba de por sí la modificación de una cultura que seguía confiando la socialización de los pobladores a los poderes

[37] *Ibid.*, pp. 82-83, 89.
[38] Las normas pueden verse en la *Compilación*, 1870, t. I.
[39] *Ibid.*, pp. 150-151.
[40] *Reglamento*, 1856.

patronales del propietario rural o del maestro de oficio.[41] El texto regulaba minuciosamente las relaciones *De las gentes de servicio y contratos entre estos y patrones* (cap. 3). Como lo hacían desde finales del siglo XVIII, los patrones debían expedir la "papeleta" que acreditaba el obligatorio conchabo, agregándose ahora un certificado de buena conducta del peón cuando la relación se hubiese extinguido. El trabajo compulsivo seguía estipulándose como un adicional a la pena, obligando a los condenados a buscar patrón antes de salir de la cárcel.[42]

4.2. La justicia ordinaria en la ciudad

Gran parte del trabajo que llegaba a la justicia ordinaria de la ciudad en el tiempo colonial quedaba ahora resuelto en los distritos de campaña, con los jueces pedáneos de alzada convertidos en tribunal de consulta y apelación de los jueces pedáneos de primera instancia. A los jueces ordinarios de la ciudad les estaban reservados los casos que excedían las facultades de los jueces rurales o que dentro del distrito urbano superaban la de los comisarios de barrio. Si miramos los aspectos sustanciales del lenguaje que utilizan fiscales, defensores y magistrados en el foro penal de Córdoba, hasta 1850 por lo menos, es posible decir que nada, absolutamente, había cambiado con respecto al del tiempo colonial. Ya hemos visto cómo el énfasis puesto por el discurso revolucionario en la legalidad se deshacía por completo dentro de sus propios textos. En la discusión forense aquel imperativo de legalidad se traducía, en todo caso, en un mayor esfuerzo puesto por los litigantes para citar las fuentes de autoridad de sus argumentos. Este efecto es fácilmente perceptible cuando se comparan los registros de mediados del XVIII con los de la primera mitad del XIX. Quizá el mayor protagonismo de letrados contribuyera en esto. Claro que el material que viene citado por los pleiteantes bajo la antigua fórmula de "ley expresa"[43] puede ser tanto la Nueva Recopilación de Castilla como un pasaje de Antonio Gómez; un parágrafo del Digesto o una ley de las Partidas con su glosa respec-

[41] *Ibid.*, cap. 4, art. 6, "Los padres o madres que teniendo muchos hijos e hijas no pudieren educarlos ni sostenerlos por falta de recursos, tiene obligación tan luego que los hijos lleguen a la edad de seis años, de colocarlos con un patrón o maestro, quien los educará en el trabajo o enseñará algún oficio."

[42] Ley adjunta al *Reglamento*, art. 12: "No obstante haber cumplido los reos la condena establecida por la presente ley, no podrán ser escarcelados, sin presentar un patrón que se comprometa a darles trabajo, y pagar con su salario la cantidad que haya robado..."

[43] Martínez, "Ley", 2002.

tiva. También la ley divina seguía presidiendo las jerarquías de legalidad posible. Ya lo decía el texto constitucional, como hemos visto, y el lenguaje del foro era coherente con esta doctrina: "El delito de poligamia es un delito público que destruye la garantía que la sociedad interpone en la individua vida o costumbre que deben mantener los casados, ofende directamente la alta significación que la Santa Iglesia reconoce en el sacramento grande del matrimonio, e infringe la ley divina natural revelada en el evangelio".[44] Este era el tenor de la acusación en un caso de bigamia en el que el fiscal pedía, en 1849, la pena de 100 azotes contra el reo. La "ley expresa" en este caso era una real cédula de 1788 que deslindaba las competencias entre la jurisdicción real y la eclesiástica.

No es necesario abundar en muchos testimonios para comprender cuál era la "legalidad" posible en este mundo precodificado. Como decíamos antes, la doctrina de los autores formaba parte del campo normativo del mismo modo que las recopilaciones o el evangelio. Se conservaba activo ese difuso y misterioso campo en el que había que encontrar las soluciones justas, según los casos. Mientras la Nueva Recopilación de Castilla y las Siete Partidas son los cuerpos de leyes que aparecen con mayor frecuencia, Antonio Gómez, Gregorio López, Hevia Bolaños, Villanova y Mañes, Elizondo y Marcos Gutiérrez son los autores que una y otra vez sirven de apoyo para sostener el valor de una determinada formulación normativa. Más raramente aparecen algunas citas de los "nuevos filósofos", como Montesquieu, Beccaria o Filangieri. Indudablemente son nombres que han adquirido difusa autoridad y eso les convierte en herramienta de persuasión en determinadas circunstancias, aunque la doctrina que de ellos se tome no sea necesariamente novedosa. Así, un pleiteante citaba al *humanista Beccaria* en 1850 para sostener la necesidad de que haya más de un testigo para condenar.[45] En épocas coloniales la mejor estrategia para invocar la misma norma pasaba por citar aquellos pasajes bíblicos (*Deuteronomio*, cap. XVII, vers. 6, y cap. XIX, vers. 15; San Mateo, cap. XVIII, vers. 16) en los que aparecía explícitamente formulada y en los que se apoyaban los juristas para sostener este axioma procesal del Antiguo Régimen. Eran éstas las pruebas *claras como las luz del medio día* de las que hablaban los textos medievales que también solían citarse al

[44] Contra Santos Casas por doble matrimonio, 1850, en AHPC, Crimen, 223, 12.

[45] Contra don Manuel E. Pizarro por injurias al Exmo Sr. Gobernador de la Provincia Brigadier don Manuel López, 1850, AHPC, Criminal, 223, 9.

respecto.[46] Más novedosa resultaba la referencia a Montesquieu, en un caso de injurias, para sostener que "no forman un cuerpo de delito las expresiones, pues no permanecen mas que en el pensamiento"; sin embargo, para reforzar el argumento, unas líneas más abajo también se citaba a Plinio y "un rescripto de los emperadores Teodosio, Arcadio y Honorio a Rufino prefecto del pretorio, puesto en el Código [de Justiniano]" para hacer referencia a la benevolencia con que los emperadores debían mirar a los que hablaban mal del gobierno.[47] En medio de ese sincretismo doctrinal, dominado por la pesada inercia del antiguo aparato erudito, aparecía, por ejemplo, Filangieri para fundamentar la necesidad de un castigo ejemplar a unos criados que intentaron matar a traición a su patrón.[48]

Un caso de 1829 puede servir de testimonio para valorar la actitud de los pleiteantes con respecto a las ideas ilustradas. Un defensor argumentó en contra de la utilidad de la pena de muerte impuesta a su defendido, alegando que reportarían mayor beneficio a la República las penas de servicio y no las "irreparables como el suplicio". Sugería en su alegato que la educación era un freno más racional a la maldad que los patíbulos. Ciertamente que en su estrategia también echaba mano del viejo herramental. Invocaba "la piadosa y por tanto más adaptable disposición de la ley 8ª tit. 11, lib. 8 de la recopilación castellana" que dejaba al arbitrio del juez la moderación de la pena ordinaria y esgrimía, por último, un principio muy utilizado en la justicia penal de Antiguo Régimen según el cual "por la piedad deben también reglarse los magistrados".[49] Para el fiscal, sin embargo, los argumentos del defensor sobre la utilidad y moderación

[46] Ejemplos de estas citas en el archivo en época colonial, AHPC, Criminal, 5, 5, 1746, Criminal contra Tomás Carbajal y cómplices por haber hurtado un saco de plata perteneciente a Miguel Aristegui, y Criminal contra el Sargento Mayor Bartolomé Carnero por la muerte de Juan Joseph Olguín como consecuencia del castigo de azotes que le mandó a dar 1762, en AHPC, Criminal, 17, 3.

[47] Contra don Manuel E. Pizarro por injurias al Exmo Sr. Gobernador de la Provincia Brigadier don Manuel López, 1850, en AHPC, Criminal, 223, 9.

[48] Contra Mariano Díaz y Andres Salinas por el intento de asesinato de Ruperto Andino. Según la acusación fiscal, "cuando los humanistas y publicistas empeñosamente abogan en favor de la abolición de la pena de muerte, entre los delitos muy pocos que exceptúan es el delito que se persigue contra los criminales Díaz y Salinas; y el sentir de aquellos en la ejecución de la condigna contra los autores de estos delitos, que directamente atacan la seguridad del orden social, jamás pudo ser mas adaptable que en el presente caso, que el sabio Filangieri, dice: que para que este crimen sea compuesto debidamente castigado y los hombres inmorales y sanguinarios aprovechen de este horrible ejemplar, que se de con la severidad de la pena, la sangre del criminal alevoso debe derramarse sobre la sangre del inocente que todavía humea", 1850, en AHPC, Criminal, 223, 8.

[49] Criminal contra Ciriaco Burgos y otro por robo y salteadores, 1829, en AHPC, Criminal, 163, 3.

del castigo eran "un delirio de la filosofía partera del siglo" y señalaba el ejemplo de "la culta Europa" que "ha subido a la cumbre en esa decantada filantropía, e ilustración, mas no han mermado los crímenes, antes los ha aumentado hasta el colmo del desorden, a que únicamente aspira trastornándolo todo con apariencias de humanidad engañosas".[50] En la contrarréplica el defensor tendría la oportunidad de recordar que "felizmente vegetamos en un sistema liberal, muy distinto del despótico, y cuyas leyes si aun no le han sustituido otras mas remisas, deben templarse aquellas en su aplicación".[51] Quizá este contrapunto en una causa que finalmente terminó con un reo condenado a muerte y otro a 200 azotes, represente un discreto testimonio forense de una discusión teórica que se había abierto por entonces en la Universidad de Buenos Aires sobre la legitimidad de las penas, a partir de la influencia de Bentham, y que se prolongó hasta el advenimiento definitivo de Rosas al poder. No contamos con datos para saber si algo similar ocurrió en la más conservadora Universidad de Córdoba.

Por lo que hemos podido ver hasta ahora en los registros del archivo, los azotes y el trabajo forzado en presidios u obras públicas constituyen el recurso punitivo más frecuente de la justicia ordinaria, seguidos por una forma de castigo muy arraigada en el estilo del tiempo colonial que consistía en dar por pena la prisión sufrida durante el proceso. Esta fórmula, muy utilizada en la Córdoba colonial y en otras latitudes americanas,[52] solía aplicarse cuando el delito imputado no era muy grave o el reo no se consideraba demasiado peligroso, o bien cuando las pruebas no eran suficientes para una condena mayor. En un modo característico del razonamiento penal de Antiguo Régimen, se consideraba purgada la culpa con el sufrimiento padecido durante el tiempo del proceso. Si el juez lo creía oportuno se adicionaba, como era costumbre también, la obligación de que el reo saliera de la cárcel bajo el cuidado de un patrón de calidad.[53] Eventualmente, si el tipo de delito lo hacía aconsejable, se

[50] Alegato fiscal del Dr. Orihuela, Córdoba, 11 de julio de 1828, en AHPC, Criminal, 163, 3.

[51] *Ibid.*, Alegato del Dr. Félix M. de Olmedo, Córdoba, 19 de julio de 1828.

[52] Cutter, "Judicial", 1995, p. 124.

[53] Por ejemplo, en 1824, el alcalde ordinario de Córdoba dictaba este auto definitivo contra un reo acusado de vender ropa robada: "Por lo que aparece de los antecedentes y no habiéndose conseguido las demás declarantes para justificar los hechos que por presunciones aparecen contra este reo, y en consideración a haberse hallado ya un año en esta cárcel sirviendo en las obras publicas, póngasele en libertad entregándolo a cargo de Don Bruno Teran para que teniéndolo a su servicio y cuidado de su conducta responda de la persona en todo como de ser acusado por algún crimen...".

podía imponer al reo, como también era costumbre en la época colonial, la obligación adicional de realizar ejercicios espirituales. En este caso la tutela posterior a la pena correspondía a la Iglesia.[54]

Esta penalidad sostenida en criterios tan antiguos como la prudente discreción del juez y el sentido purgativo del padecimiento, servía también cuando, por alguna sospecha de gravedad, los jueces pedáneos remitían a la justicia ordinaria de la ciudad reos que ya habían sufrido los azotes de rigor dispuestos por los reglamentos para la justicia de la campaña. El alcalde ordinario podía seguir la causa o bien considerarla purgada en función de los azotes recibidos a manos del pedáneo.[55] Sólo en un caso, de los que hemos revisado, se hizo manifiesta la contradicción de considerar la prisión en el proceso como pena. En 1822 un defensor alegaba en segunda instancia, ante el gobernador, que no había méritos suficientes para la pena de 200 azotes impuesta por el juez ordinario a su defendido y que ya había purgado su culpa con los ocho meses de cárcel que había sufrido durante el proceso. Frente a este argumento, el fiscal invocó textualmente una norma de la Constitución de Córdoba, según la cual "las cárceles se tienen como un lugar de seguridad y no como un castigo".[56] Efectivamente, en la Constitución provincial una norma sostenía ese principio y castigaba el maltrato innecesario de los reos.[57] De acuerdo con la lectura del fiscal, esta norma servía para enervar la estrategia de la defensa y pedir que, a pesar de la prisión sufrida, se ejecutase la pena de azotes, puesto que la prisión jamás debía considerarse como pena. A la luz de los testimonios que hemos citado antes, el argumento del fiscal no sentó ningún precedente y la prisión procesal siguió teniendo ese potencial efecto purgativo, aunque en este caso en

[54] Así se resolvía un caso de amancebamiento en 1850: "Autos y vistos: resultando de las anteriores declaraciones el público amancebamiento de Felipe Vargas con Gregoria Ceballos y en atención a la larga prisión que han sufrido ambos, se declara suficientemente purgada la culpa con el cargo de tomar ejercicios uno y otro donde lo disponga el Sr. Cura Rector oficiándosele al efecto y poniendo a su disposición a Vargas y a la Cevallos con remisión del expediente para la mejor y directa resolución".

[55] Así por ejemplo en Criminal contra Domingo Castro por amancebado con su hermana y Francisco Ignacio por robos, 1824, en AHPC, Criminal, 150, 9.

[56] Criminal contra Victoriano Romero, Manuel Martínez y José Antonio Rosas por robos. Alegato fiscal, Córdoba, 8 de noviembre de 1822, en AHPC, Criminal, 143, 9.

[57] Constitución de Córdoba, "Siendo las cárceles para seguridad, y no para castigo de los reos, toda medida que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos maliciosamente, será corregida por los tribunales indemnizando a los agraviados por el orden de justicia" (secc. 8, cap. XXI, art. 11).

concreto la sentencia de azotes fuese confirmada por el gobernador.[58] El caso podría también servir para ejemplificar las consecuencias de una lectura objetiva, tradicional, de normas establecidas en función de garantías subjetivas.

Si miramos la técnica procesal utilizada a lo largo de la primera mitad del XIX, también aquí la continuidad es aplastante. Salvo casos de excepcional complejidad, la gran mayoría de las causas criminales se siguen a través de la forma procesal simplificada del Antiguo Régimen, articulada a través del sistemático uso del auto "con todos cargos" que permitía contraer las fases procesales al mínimo, citando a las partes para publicación, conclusión y sentencia después de terminada la información sumaria y recibida la confesión.[59] La abolición del tormento dispuesta en 1813 no representó una alteración significativa de la práctica procesal puesto que ya hacia finales del XVIII se trataba de una medida escasamente utilizada por las justicias inferiores.[60] Tal vez la célebre ley de la Asamblea del XIII constituyera, sin embargo, un límite simbólico que antes no existía. En 1822, en una causa contra un esclavo por robo, el fiscal pidió que el reo fuese apremiado "por medio de una indagación aflictiva eficaz" para que "al peso irresistible de la corrección" confesase el crimen y sus cómplices.[61] Es poco plausible que José Roque Funes, notable letrado local, desconociera el precepto de 1813. Lo curioso es que en su repuesta el defensor tampoco utilizó la famosa ley patria, sino que, acorde con lo que hemos señalado, alegó que las "leyes, prácticas y costumbres bárbaras" que prescribían el tormento *in disuetudinem abiierunt* [*sic*]. Luego sí, invocó el reglamento constitucional de la provincia para señalar la norma que estipulaba la presunción de inocencia.[62] La cuestión no fue objeto de pronunciamiento judicial. Como hemos dicho antes, rara vez se aplicaba formalmente el tormento en los últimos tiempos coloniales, aun cuando en algunas ocasiones era pedido por la acusación. Esto no quiere decir que ni antes ni después del año 1813 no hubieran existido múltiples formas de coacción sobre los acusados. La petición del fiscal es todo un indicio en este sentido. Por otra parte, lo que no se practicaba era el rito formal

[58] Auto del Gobernador Bustos, Córdoba, 13 de noviembre de 1822, con firma del asesor letrado José Dámaso Gigena. en AHPC, Criminal, 143, 9.

[59] Alonso, *Proceso*, 1982, p. 170.

[60] Agüero, "Tortura", 2004.

[61] Contra Clemente de Asis, esclavo, por robo de la tienda de Don Bernardo Vazquez Maceda, 1822, en AHPC, Criminal, 143, 7.

[62] *Ibid.*, Vista del defensor, Córdoba, 9 de mayo de 1822.

de la tortura judicial, pero los documentos dejan apreciar que las coacciones informales no eran extrañas a una justicia que se apoyaba continuamente sobre los mecanismos de corrección domésticos. En 1850, por ejemplo, durante un careo, uno de los reos dijo que se le acusaba por palabras que había pronunciado su oponente a causa de los azotes que le dio el juez pedáneo, a lo que el otro respondió que sí, "que es vedad que declaró después de los azotes, pero que su declaración era sin embargo de la verdad de lo que sucedió...".[63] Como es de suponer, el registro en acta de estas expresiones no causó ninguna reacción en las partes ni en el juez.

Como se recordará, para prevenir este tipo de coacción y ayudar al reo, se había instituido en los textos patrios de 1815 y 1817 la figura del padrino, recibida también en la Constitución de Córdoba de 1821. Los mismos textos habían eliminado la obligación de prestar juramento en la confesión. Tal vez estas sean las novedades más visibles en la documentación del XIX, puesto que, efectivamente, desapareció el juramento en las actas de confesión y la institución del padrino fue regularmente utilizada por la justicia de Córdoba. El juramento en la confesión fue reemplazado por una "promesa de decir verdad" que con el tiempo se formalizó en las actas como la "promesa de estilo" que el reo prestaba ante el juez en presencia de su padrino (i.e.: "hizo traer al reo a quien le recibió la promesa de estilo so cuyo cargo prometió decir verdad de lo que supiere y le fuere preguntado, hallándose presente su padrino, que lo fue don Ramón Alvarez").[64] Sin embargo, cualquier buena expectativa sobre el efecto que pudieran haber tenido estas tímidas innovaciones se difumina cuando a lo largo de la documentación se pueden observar estrategias que, en buena parte de los casos, neutralizaban su sentido. Por un lado, al margen de la señalada coacción extraprocesal, la nueva promesa de decir verdad no era incompatible con las amonestaciones que durante la declaración solían hacer los interrogadores, recordándole al reo su deber de decir la verdad. Es común que en las actas de confesión se lean expresiones tales como "bajo de reconvención y con apercibimiento de verdad...", o bien, "reconvenido cómo falta a la verdad cuando habiendo dicho en el examen verbal..." en referencia, en este

[63] Contra Mariano Díaz y Andres Salinas por el intento de asesinato de Ruperto Andino, 1850, en AHPC, Criminal, 223, 8.

[64] Criminal contra Pablo Juárez y sus compañeros Hermenegildo Quebedo y Manuel Falcon por robos, 1822, AHPC, Criminal, 143, 2.

último caso, a un supuesto interrogatorio extrajudicial. Dichas reconvenciones apuntaban al valor de la promesa dada en reemplazo del antiguo juramento. Aun así, el juramento del reo que se había abolido era el de la confesión, por lo tanto se le podía exigir cuando, en la primera fase de la sumaria, se le sometía a una *declaración indagatoria* en la que comparecía como si fuese un testigo. Resulta plausible sostener que este juramento en acto de "indagatoria" permitía sortear la prohibición estipulada para la confesión. Sólo así se explica que un juez en 1850 hubiese suspendido la confesión, iniciada ya con *la promesa de estilo*, al advertir que a la rea no se le había tomado la declaración indagatoria, tras lo cual le exigió el debido juramento para proceder luego al interrogatorio.[65]

Con respecto a la figura del padrino, si bien fue efectivamente instaurada, no podemos asegurar que haya cumplido con la misión que la normativa le asignaba. En este sentido, un primer dato llamativo resulta del hecho de que al menos entre los años 1822 y 1829 la mayoría de los reos, por causas muy diversas, designa como padrino a la misma persona: Ramón Álvarez, es decir, el alcaide de la cárcel.[66] Uno de sus protegidos, al leérsele el acta de su confesión para que fuese ratificada en la instancia de apelación, declaró que: "...en el encabezamiento de su confesión... aparece según se le ha leydo la intervención de Don Ramón Alvarez, como padrino, pero es inexacto, pues, que habiéndolo llamado al efecto entró, y expuso que su mujer estaba enferma, e inmediatamente salió sin asistir a su confesión...".[67] Tal vez la irregularidad denunciada sirviera para que, como en buena lógica procesal de Antiguo Régimen, su pena de muerte fuese finalmente conmutada por la de 200 azotes y ocho años al servicio de obras públicas. No lo sabemos puesto que, también dentro de esa lógica, las sentencias no se fundamentaban. Una mayor base documental quizás ayude a perfilar con más nitidez la actuación de los padrinos. Los testimonios que hemos visto hasta ahora no son, como hemos sugerido, muy alentadores. En 1847 un letrado se quejaba ante el gobernador del modo en que el juez ordinario había procedido contra los reos nombrando padrino a una

[65] "...notándose por el Sr. Alcalde que a dicha rea no se le había tomado la declaración indagatoria conforme a derecho, se le recibió juramento delante de su curador y padrino", 1850, en AHPC, C, 223, 14, Criminal de oficio contra Marqueza Solares por infanticidio.

[66] El oficio de alcaide del padrino consta en AHPC, C, 167, 17, 1829, Criminal contra Santos González por robo.

[67] Criminal contra Ciriaco Burgos y otro por robo y salteadores, Ratificación del reo, 13 de octubre de 1828, en AHPC, 163, 3, 1829.

persona que no sabía "leer ni escribir".[68] Estos parecen ser los derroteros por los que transitaba hacia la primera mitad del siglo la mayor innovación que, en materia de justicia penal, habían introducido las leyes patrias.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Con algo más de 100 mil habitantes, la población de Córdoba mantenía hacia 1850 la misma estructura que había adquirido a finales del tiempo colonial. Más del 80 por ciento se distribuía por la extensa campaña, asentado bajo los mismos patrones de densidad que a comienzos del siglo. Se ha observado también una notable continuidad en la estructura de la elite social que ocupaba los cargos políticos y que persistía con relativa independencia del caudillo gobernante. Lo mismo cabe decir de los diversos actores corporativos que componían el tejido tradicional de la comunidad. No se ha dudado por ello en calificar a la Córdoba de esos años como una sociedad de Antiguo Régimen.[69] Las prácticas institucionales de castigo reflejan, del mismo modo, la persistencia y aun la potenciación de las viejas estrategias coloniales. El doble rasero casuísticamente construido a finales del tiempo colonial había finalmente servido de base para consolidar un modo de represión propio de la campaña, expeditivo, basado en la imagen paternal de un juez rural secundado por una red de vecinos que atestiguaban las actas y ejercían como patrones de conchabo.

A diferencia de lo que ocurría en el tiempo colonial, la comunicación entre la justicia de la campaña y la de los jueces ordinarios de la ciudad se veía ahora mediatizada por los jueces pedáneos de alzada, instancia intermedia de carácter ordinario creada en 1823 que funcionaba como tribunal de apelación y consulta para los pedáneos de primera instancia. Ellos actuaban como barrera de contención para que los numerosos conflictos suscitados en torno al control de la población rural concluyeran en cada uno de los distritos de campaña, llegando muy pocos casos al conocimiento de los jueces de la ciudad. En 1847, por ejemplo, entre los dos jueces ordinarios de la ciudad sumaban un total de 13 causas criminales pendientes, según un informe elevado al gobernador.[70]

[68] AHPC, Gobierno, leg. 206, exp. 9, 1847.
[69] Romano, *Economía*, 2002, pp. 243-290.
[70] AHPC, Gobierno, leg. 206, exp. 15, 1847.

En la justicia de la ciudad, ya normalmente en manos de letrados graduados en la universidad local, poco había cambiado en cuanto a sus criterios sustantivos y procesales. Las mismas autoridades doctrinarias y normativas de entonces seguían compareciendo en los escritos de una justicia anclada a la prudente discreción del juez, al efecto purgativo de la pena, al trabajo compulsivo como elemento adicional de control social. Aunque los ecos de las nuevas doctrinas sobre el castigo dejaran alguna huella en las discusiones forenses, el desarrollo de la justicia penal en la Córdoba del XIX representa más bien el intento de responder con las mismas herramientas a los mismos problemas que a finales del XVIII agitaban el *clamor de los hacendados*. Ni en la legislación patria ni en la Constitución de la nueva república existían elementos que pudieran transmitir la expectativa seria de un programa de acción diferente.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

El precedente texto es un avance de una investigación mayor, cuya fuente primaria son los fondos del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (Argentina), especialmente los de Crimen de la Capital y Gobierno, en el periodo 1810-1850. Los textos legislativos de los primeros gobiernos patrios están tomados de San Martino de Dromi (1994). La legislación de Córdoba se cita en nota al pie como fuente. Un largo listado de trabajos historiográficos debe considerarse, además, para contextualizar este trabajo, de los que aquí mencionaremos sólo los principales.

La referencia a la relación entre modernidad e independencia lleva necesariamente a Guerra (2000). Para los problemas cronológicos derivados de la oposición colonial-nacional, Van Young (2001) y, en general, el volumen compilado por Uribe-Uran (2001). En el caso de los territorios que serían Argentina, interesan como contexto los aportes en Szuchman y Brown (1994). Diversos aspectos institucionales en el tránsito del XVIII al XIX en Iberoamérica se abordan en Bellingeri (2000), interesando especialmente aquí el capítulo de Ternavasio (2000). La historia social latinoamericana ha abordado el problema de la criminalidad y castigo, en época de transición, a través de una lectura no siempre atenta a la comprensión de la cultura jurídica, con las consecuentes objeciones que de aquí pueden derivarse. Por la época y lugar, cabe mencionar a Szuchman (1984), señalando para el caso de Buenos

Aires la identidad de estrategias represivas a pesar de las divergencias ideológicas y, en forma similar, Slata y Robinson (1990); con desigual importancia, los trabajos compilados en Johnson (1990), Zimmermann (1999) y en Salvatore, Aguirre y Joseph (2001). En esta línea se inscribe el texto citado de Barreneche (2001). Con enfoque más adecuado para nuestra perspectiva, Cansanello (2002), y sobre los debates en torno a la legitimidad de las penas Caimari (2002 y 2004). Para el problema de la justicia rural rioplatense, Garavaglia (1999) y Fradkin (2007). Para la relación entre justicia penal y restauración rosista, aunque discrepando del uso que hace del concepto de "legalidad" y de algunas conclusiones, Salvatore (1993-1994 y 2005).

El enfoque clásico de la historiografía jurídica para la historia del derecho penal en Argentina lo brinda Levaggi (1978). También desde la historia jurídica, pero más orientado al tema doctrinal, el trabajo referido de Álvarez Cora (2002a). La situación de la justicia criminal y las medidas de la Audiencia de Buenos Aires fueron en su momento analizadas por Mariluz Urquijo (1952). Una relectura de la cuestión, mirando desde el interior, la ofrecimos en Agüero (2006). En general para la justicia criminal en la Córdoba colonial nos valemos de nuestra investigación previa presentada ahora en Agüero (2008) y Agüero (2004a y 2004b). Para temas procesales de Antiguo Régimen, Alessi Palazzolo (1979) y Alonso Romero (1982). Un panorama general sobre cómo se organizó institucionalmente la justicia en las diversas provincias después de la revolución de mayo, en Tau Anzoátegui (1973). Ha vuelto a señalar recientemente la continuidad de la justicia poscolonial a través de la primera legislación patria Martiré (2005). Se siguen produciendo también lecturas clásicas de la revolución de mayo, pretendiendo enlazarla con el derecho constitucional moderno, por ejemplo, Bianchi (2007). Para el contexto histórico general de Córdoba, Garzón (1898-1902), Bischoff (1995). Sobre el periodo borbónico en Córdoba, Punta (1997). Para el primer reglamento constitucional de Córdoba, tan exhaustivo como apologético, Celesia (1932). En línea similar a pesar del tiempo, sobre la figura del general Bustos, Conles Tizado (2001). Un buen análisis sobre la extinción del cabildo de Córdoba lo ofrece Luque Colombres (1984). Sobre la justicia en Córdoba en la primera década posrevolucionaria, Peña (1967). Sobre el trabajo compulsivo como control social en el XIX, en la región, Aspell (1985 y 1986). Para los jueces pedáneos de Córdoba y la justicia en la campaña, Peña (1974) y Ghirardi de Hillar (1986). Más recientemente, y con mejor enfoque, Romano (2004). De esta

última es también la obra que permite apreciar la continuidad económica y social de Córdoba a lo largo de la primera mitad del XIX, Romano (2002).

Sobre el significado normativo de los conceptos funcionales en el lenguaje moral preilustrado MacIntyre (2004). La expresión *justicia expeditiva* remite a Castan (1976).

Este trabajo es deudor de una visión crítica de la historia jurídica cuyas principales referencias, por constituir parte de este curso y estar así presentes en los trabajos anteriores, omitimos relacionar aquí.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Agüero, Alejandro, "Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de Antiguo Régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII", en *Revista de Historia del Derecho*, 2004, pp 32, 33-81.

———, "La tortura judicial en el Antiguo Régimen. Orden procesal y cultura", en *Direito e Democracia. Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 5, núm. 1, 2004, pp. 187-221.

———, "Jurisdicción criminal y represión informal en las postrimerías coloniales. Córdoba del Tucumán, siglo XVIII", en *Revista de la Junta Provincial de Historia de Córdoba*, 2a. época, núm. 23, 2006, pp 67-107.

Alonso Romero, María Paz, *El proceso penal en Castilla-Siglos XIII-XVIII*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

Álvarez Cora, Enrique, "La génesis de la penalística argentina (1827-1868)", en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 30, 2002, pp. 13-86.

Barreneche, Osvaldo, *Dentro de la ley, todo. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*, La Plata, Ediciones al Margen, 2001.

Beccaria, Marqués de, *Tratado de los delitos y las* penas, Madrid, Ministerio de Justicia-Biblioteca Nacional, 1993 (edición facsimilar de la traducción castellana de Juan Antonio de las Casas, 1774).

Celesia, Ernesto H., *Federalismo argentino. Apuntes históricos 1815-1821, "Córdoba"*, Buenos Aires, Librería Cervantes, 1932, 3 tt.

Compilación de leyes, decretos, acuerdos de la Exma. Cámara de Justicia y demás disposiciones de carácter público dictadas en la Provincia de Córdoba desde 1810 a 1870, Córdoba, Imprenta del Estado, 1870, t. I.

Cutter, Charles "Judicial Punishment in Colonial New Mexico", en *Western Legal History*, núm. 8-1 (winter/spring), 1995, pp. 115-129.

Garzón, Ignacio, *Crónica de Córdoba,* Córdoba, Editorial A. Aveta, 1898-1902, 3 tt.

"Informe del Marqués de Sobremonte al Virrey Loreto, año 1785", en Torre Revello, José, *El marqués de Sobre Monte, gobernador intendente de Córdoba y virrey del Río de la Plata*, Buenos Aires, Peuser, 1946.

Lardizábal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1782.

Luque Colombres, Carlos, *Abogados en Córdoba del Tucumán*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1943.

———, "En torno a la extinción del cabildo de Córdoba", en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 12, 1984, pp. 217-228.

Mariluz Urquijo, José M., "La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del virreinato", en *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, núm. II, 1952, pp. 271-291.

Martínez Pérez, Fernando, "*Ley expresa, clara y terminante.* Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español", en *Historia Constitucional. Revista electrónica,* núm. 3, 2002 (http://hc.rediris.es/tres/indice.html).

Matienzo, Juan de, *Gobierno del Perú (1567)*, Edition et Étude préliminaire par Guillermo Lohmann Villena, Travaux de l'Institut Français d'Études Andines, t. XI, Paris-Lima, 1967.

"Memorial ajustado del expediente obrado sobre restablecimiento ó creación de Audiencia Pretorial en la Capital de Buenos Ayres", en Ricardo Levene, *Historia del Derecho Argentino,* Buenos Aires, Ed. Kraft, 1946, t. III, pp. 335-395.

Peña, Roberto I., "La aplicación del derecho castellano-indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810 a 1820)", en *I Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 18, 1967, pp. 129-169.

Reglamento para la administración de justicia y policía en la campaña, sancionado por ley de la Asamblea Provinical del 15 de septiembre de 1856, folletín impreso original.

Romano, Silvia, *Economía, sociedad y poder en Córdoba. Primera mitad del siglo XIX*, Córdoba, Ferryera Editor, 2002.

San Martino de Dromi, María L., *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1994.
Van Young, Eric, "Conclusion. Was There an Age of Revolution in Spanish America?", en Víctor M. Uribe-Uran (ed.), *State and Society in Spanish America during the Age of Revolution*, Wilmington, SR Books, 2001, pp. 219-246.

Siglas
AGI, Archivo General de Indias (Sevilla).
AGNA, Archivo General de la Nación, Argentina.
AHPBA, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.
AHPC, Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba.

DIVISIÓN DE PODERES Y CONTENCIOSOS DE LA ADMINISTRACIÓN: UNA —BREVE— HISTORIA COMPARADA

Marta Lorente
Universidad Autónoma de Madrid

> La Asamblea había votado el principio del contencioso-administrativo y establecido, al mismo tiempo, las bases de la teoría moderna sobre la separación de los tribunales judiciales y de los tribunales administrativos. En esta teoría tan ingeniosa de nuestro Derecho Público actual, la separación entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial subsiste incluso cuando se cuestiona el ejercicio de una función administrativa. La autoridad judicial es la única competente para aplicar la ley cuando afecta directa y principalmente a un interés individual, haya o no litigio. La autoridad administrativa es siempre, sólo y exclusivamente competente cuando se trata directa y principalmente de un interés colectivo, exista o no litigio. Se sigue de ello que si hay un acto administrativo y si se pretende que un derecho ha sido violado, la autoridad judicial no será competente para juzgar este litigio y sólo cabrá acudir ante la autoridad administrativa.[1]

Sumario. 1. Algunas —pocas— consideraciones historiográficas. 2. Justicia y administración. Del Antiguo Régimen a la Revolución. 2.1. Del Antiguo Régimen... 2.2. A la Revolución. 3. De los avatares de la obra napoleónica. 3.1. El modelo en estado puro. 3.2. Bayona vs. Cádiz. 3.3. América jurisdiccional. 4. España, 1845: la ruptura del paradigma jurisdiccional. 4.1. Del *estado* del modelo francés: liberalismo y justicia administrativa. 4.2. El trasplante español. 5. Recapitulación.– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

[1] L. Duguit, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, 1893.

1. ALGUNAS —POCAS— CONSIDERACIONES HISTORIOGRÁFICAS

Estando reunidas las Cortes en la Real Isla de León el 24 de septiembre de 1810, el diputado D. Diego Muñoz Torrero pronunció una intervención histórica. No conocemos sus precisas palabras, aun cuando en el *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales y Extraordinarias consta que se desenvolvió con muchos y sólidos fundamentos sacados del derecho público y de la situación política de la Monarquía. Siempre según aquel periódico, nuestro diputado expuso, entre otras cosas, cuán beneficioso sería decretar "que convenía dividir los tres Poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, lo que debía mirarse como base fundamental". Tampoco conocemos con exactitud las prolijas intervenciones que se produjeron al hilo de la discusión de la anterior propuesta, que se plasmaría en una tan famosa como oportuna minuta de decreto leída por Luján; sin embargo, sí sabemos que aquel punto, el tercero de los que componían la propuesta, se aprobó.[2] A las once de la noche del mismo día, el presidente de las Cortes, Ramón Lázaro de Dou, y el secretario de las mismas, Evaristo Pérez de Castro, firmaron el Decreto I de la que posteriormente sería *Colección de Decretos* de las Cortes, en el que se afirmó: "*No conviniendo queden reunidos el Poder legislativo; el ejecutivo y el judiciario, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del Poder legislativo en toda su extensión*". Consecuentemente, las Cortes habilitaron "*á los individuos que componían el Consejo de Regencia, para que baxo esta misma denominación, interinamente y hasta que las Córtes elijan el Gobierno que mas convenga, ejerzan el Poder ejecutivo*", y, finalmente, también confirmaron "por ahora todos los tribunales y justicias establecidas en el reyno, para que continúen administrando justicia segun las leyes".[3] Dos años y medio más tarde, las Generales y Extraordinarias aprobaron la Constitución Política de la Monarquía Española, en cuyos artículos 15 ("La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey"), 16 ("La potestad de ejecutar las leyes reside en el Rey") y 17 ("La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley") se constitucionalizó lo ya declarado en el anterior decreto. Sabemos que sólo el que finalmente llegaría a ser el artículo 15 fue objeto de

[2] *Diario*, 1810, núm. 1 (24-IX-1810) al núm. 96 (31-XII-1810), Cádiz, [s.n.], 1810-1813. p. 3, <www.cervantesvirtual.com>.

[3] *Colección*, 1811, <www.cervantesvirtual.com>.

discusión en las Constituyentes, así como que los dos siguientes no merecieron ni una sola intervención de los diputados, que los aprobaron el día 3 de septiembre de 1811. Aun cuando B. Clavero advierte sobre el lenguaje usado por la Constitución, que se sirve del término potestad y silencia el de poder, recordando que el primero remite a una categoría propia del sistema jurisdiccional anterior al constitucionalismo, por ahora no cuestionaremos que los *poderes* de los que hablaba el Decreto I se tradujeron en las *potestades* a las que hace referencia el articulado constitucional.

Estos hechos son tan conocidos que su invocación requiere de una explicación. Todo lo dicho hasta aquí podría aligerarse afirmando simplemente que, en su primera sesión, las Cortes Generales y Extraordinarias reunidas en Cádiz declararon el principio de división o separación de poderes, el cual sería elevado a principio constitucional en virtud de su inclusión en el texto de 1812. Como en ocasiones se suele hacer, a todo ello podríamos añadir que la normativa citada demuestra que el constitucionalismo doceañista se inscribe en la órbita del revolucionario del francés, cuya Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 sentenció en su famoso artículo 16 que "Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución". Hay que reconocer que este tipo de afirmaciones convencionales suelen justificarse remitiendo a documentos políticos, textos doctrinales propios y ajenos, recuerdos de la matriz anglosajona del principio, discusiones historiográficas... con cuyo recuerdo y (re)elaboración no aburriremos al lector. Los anteriores pasajes gaditanos nos servirán para situar el terreno que compete a estas páginas, esto es, el de la historiografía o las historiografías sobre la Administración y su derecho, las cuales no pueden, aunque lo pretendan, desvincularse de la problemática que rodea a la historia del principio de separación de poderes.

En este exacto sentido debemos advertir, de entrada, que una cosa es que los diferentes actores políticos hablasen en su día de la "espantosa confusión de poderes", así como de la necesidad o conveniencia de "separarlos", y otra bien distinta es que el historiador crea poder traducir —sin mediar esfuerzo alguno por su parte— el sentido —originario— y consecuencias —posteriores— de dicha operación. Porque, tal como algunos señalan, reproducir en términos historiográficos los utilizados en su día para legitimar dicho principio aboca al historiador a aceptar su existencia previa y, por tanto, *natural* o *casi natural*; en otro orden de cosas, tampoco debemos olvidar que el famoso artículo 16 estuvo

dirigido a la sociedad y no a las instituciones, por más que alcanzara rápidamente un significado organizativo y funcional. Así orientado, nuestro análisis —eminentemente historiográfico— se reducirá al campo que correspondió al Ejecutivo, ya que sólo en él se puede situar, sin que eso signifique identificar, el correspondiente al de la Administración y su derecho. Ahora bien, y esta sería la segunda advertencia previa, *Administración* no significa lo mismo que *administración o administraciones*, como bien se puede comprobar, por ejemplo, en el famoso *Diccionario de la Lengua Castellana* de 1726, para el que por dicho término debía entenderse la traducción del nominativo latino, esto es, el "acto, ò ejercicio de administrar, regir, y gobernar alguna cosa; como es la hacienda, la republica, o la justicia",[4] sin que en este texto tuviera entrada alguna, como sin embargo sí la tiene en el actual *Diccionario*, el término Administración (pública) por el que se entiende, en primer lugar, "Organización ordenada a la gestión de los servicios y a la ejecución de las leyes en una esfera política determinada, con independencia del poder legislativo y el poder judicial", y, en segundo y consecuentemente, "Conjunto de organismos encargados de cumplir esta función".[5]

Así las cosas, parece cuando menos dudoso no sólo que el Decreto de 1810 o la Constitución de 1812 separasen algo que ya existía, sino también que ese "algo" se pareciese ni siquiera remotamente a lo que después se levantará a lo largo de los siglos XIX y XX, sobre todo si recordamos las muchas ocasiones en las que el principio de división se vincula a lo que podríamos denominar *modelo francés de Administración.* La historia de este dúo dispara el número de lo que a nuestro juicio pueden calificarse como precomprensiones, muchas de ellas nacidas de la consciente o inconsciente asimilación de un conocido adagio: "Juzgar a la Administración significa también administrar", sentenció Henrion de Pansey en un momento en el que sin embargo se estaba cuestionando violentamente la existencia misma de jurisdicción administrativa. Volveremos sobre ello más tarde, tratando por ahora de clarificar las que hemos calificado como —más significativas— precomprensiones, las cuales podrían resumirse en un pasaje que rezara más o menos así: La Revolución francesa, que abolió al odioso y desigual Antiguo Régimen, estableció el principio de división de

[4] Utilizamos la reproducción facsimilar realizada por la Academia Española (Madrid, Gredos, 1979) de la edición de Madrid, Imprenta de la Real Academia Española, 1726-1737.

[5] "Administración", *Diccionario*, 22a. ed., <www.rae.es>.

poderes para garantizar los derechos del hombre y del ciudadano, del cual se deriva que los litigios en los que estuvieran mezclados la administración o los administradores no podían ser llevados ante los jueces, ya que lo contrario hubiera supuesto la vulneración de uno de los más sagrados principios del constitucionalismo moderno. Haciendo esto, la revolución asumió *grosso modo* un estado de cosas previo, cual era la existencia de una jurisdicción distinta a la común, aunque lo transformó por cuanto que lo dotó de un —nuevo— régimen de legalidad nacida, a su vez, de la propia revolución. La (re)formulación napoleónica de esta gloriosa herencia sentó definitivamente las bases de la Administración contemporánea francesa así como de su derecho, convertidos desde entonces en un ejemplo para el mundo hasta el punto de que, para algunos, su "recepción" no sólo se asemeja, sino que incluso supera, a la del derecho romano.[6]

Claro está que a este tipo de discurso casos como los anglosajones molestan no poco, sobre todo cuando se recuerda que los que Clavero llama "arranques" de poderes los debemos situar en la Inglaterra de Locke o, mejor, en la América de 1776, esto es, en dos lugares en los que no existió nada similar al engendro francés, a lo que habría que añadir, además, que andado el siglo XIX un conocido profesor lo fue sobre todo por contraponer el *rule of law* (constitucional) al *droit administratif* (inconstitucional).[7] Pero no hace falta ir tan lejos para (re)pensar el anterior, lineal y sin duda exagerado planteamiento, ya que entre las primeras declaraciones del principio de separación de poderes y la constitución de unas Administraciones que se juzgaban a sí mismas medió un cortocircuito que viene siendo explicado por una competente historiografía de la que pretendemos dar somera cuenta aquí, advirtiendo desde un principio que, hasta donde nos alcanza, dicha historiografía no se ha planteado reflexionar en términos comparados sobre un dato: a diferencia de lo ocurrido en Francia y otros países de su entorno entre los que se encuentra España, en la América independiente no se planteó —en términos generales— que la instrumentación del principio de separación de poderes pasaba necesariamente por habilitar a la Administración, a las administraciones o a los administradores para juzgarse a sí mismos.

[6] García de Enterría, *Revolución*, 1972.

[7] Dicey, *Introduction*, 1945. Utilizamos la novena edición de esta obra, aumentada con una introducción y apéndice de E.C. Wade, Londres. La primera edición se publicó en 1885.

Resta una última consideración que afecta no tanto a la valoración de la historiografía sobre el principio de división de poderes cuanto que a la metodología empleada en el análisis de un discurso jurídico: nos estamos refiriendo al famoso derecho administrativo. Pues bien, como uno de sus más significativos estudiosos afirma, este derecho no puede identificarse ni con el legislado ni con la doctrina jurídica, sino con la jurisprudencia nacida de la resolución de los conflictos de jurisdicción, lo que viene a traducirse en que es el control jurisdiccional de los actos de la administración, y no las normas de la administración, lo que constituye esencialmente el núcleo básico del derecho administrativo. Esta conclusión a la que llega Bigot resulta especialmente relevante por cuanto que proviene del análisis de la historia francesa, la cual, en principio, parece estar jalonada por grandes y sonoras leyes, así como por la actividad fundadora de una serie de padres del derecho administrativo cuya influencia doctrinal se deja ver todavía hoy. Trasladada al mundo hispánico, la perspectiva de estudio jurisprudencial encaja mucho mejor que otras obsesionadas por hacer cuadrar un análisis retrospectivo de normas y doctrinas que ya en su día resultaban ciertamente confusas, no obstante lo cual hay que advertir que faltan investigaciónes que den cuenta de la historia de la Administración española desde el análisis de la jurisprudencia de consejos y tribunales. A pesar de las carencias, trataremos de presentar a grandes rasgos los principales hitos de la historia de los contenciosos de la Administración en términos comparados, entendiéndola además como suerte de negativo ilustrador de la correspondiente hispanoamericana.

2. JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN: DEL ANTIGUO RÉGIMEN A LA REVOLUCIÓN

2.1. Del Antiguo Régimen...

Uno de los tópicos más discutidos entre los estudiosos es el que concierne a la existencia o inexistencia de un derecho administrativo previo a las revoluciones continentales. Esta cuestión, a su vez, remite a una serie de investigaciones de naturaleza eminentemente institucional que localizan en la relación juez/comisario una dicotomía perfecta o, en sentido opuesto, altamente discutible. De nuevo, el *caso* francés resulta modélico a estos efectos en la medida en que tanto

su propia historia como la historiografía existente sobre la misma han servido y sirven de referencia para el análisis de otras distintas monarquías, cual es el caso de la Católica. Dejando a un lado ensoñaciones medievales, que en España llevaron a algunos a hablar de los recursos contra actos de gobierno en la Baja Edad Media, lo cierto es que la generalización de los intendentes en Francia a lo largo del siglo XVII, así como su investidura con un poder de policía que les permitió decretar normas impersonales y generales, favoreció la existencia de múltiples conflictos entablados entre éstos y los antiguos Parlamentos que se llegaría a las vísperas de la Revolución.

Ahora bien, como afirma otro de los estudiosos de la historia del derecho administrativo más renovadores, L. Mannori, para que se pueda hablar en puridad de la existencia de tal derecho, diferente por tanto del común, se necesita disponer de una administración independiente de la justicia que pueda sacrificar los derechos de los particulares sin su consentimiento por actos unilaterales de voluntad que aspiren a realizar el interés colectivo. Sin poder de disposición relativamente discrecional, la administración no sería la administración, ya que lo que la caracteriza frente a los poderes Judicial y Legislativo es justamente esa capacidad de alcanzar la esfera subjetiva de los ciudadanos por actos particulares justificados sólo por la utilidad pública. Sin embargo, la idea medieval del gobierno de la justicia, que se arrastraría hasta la crisis del Antiguo Régimen, resulta incompatible con los anteriores presupuestos;[8] no es responsabilidad de este capítulo hacer historia de la desigual sociedad corporativa y de la gestión jurisdiccional del orden que la sustentaba, aunque sí cabe recordar la opinión de todos aquellos que afirman que aun cuando se demostrara que el Estado de justicia devino obsoleto en las vísperas de la revolución francesa, se necesitó de esta última para crear un campo conceptual diferente al de la justicia: en este —específico— orden de cosas, la Edad Media llegó a 1789. A pesar de todos los cambios habidos en los siglos modernos, no es por casualidad que los intendentes o el Consejo del Rey francés se contemplasen como agentes de la justicia del último, así como tampoco debe sorprender que todas las instituciones de justicia, con los Parlamentos a la cabeza, realizaran tareas de policía derivadas de sus atribuciones jurisdiccionales; en resumen, y tal como dijera

[8] Es sabido que durante siglos se entendió que hacer justicia era el fin de todo gobierno, traduciéndose por tal "la virtud que consiste en dar a cada uno lo que le pertenece", tal como de nuevo reza nuestro *Diccionario de la Lengua Castellana*. (V. nota 4.)

Duvergier de Hauranne en plena Restauración francesa, que el —antiguo— Consejo del Rey atendiera asuntos judiciales y gubernativos no implicaba que hubiera privado a los tribunales de la policía general ni del control de la responsabilidad de los agentes del monarca.[9]

El lector crítico podría advertir que es precisamente a esa confusión a la que vino a poner coto el constitucionalismo moderno. Sin embargo, y utilizando los términos aunque no el planteamiento que anima una reciente obra de Clavero, el problema, si así convenimos que lo es, reside en saber en qué orden deben situarse aquellos *confundidos* poderes cuando nos estamos refiriendo a sociedades prerrevolucionarias. Expresado con más claridad: antes de que la crisis del Antiguo Régimen viniese a cambiar el estado de las cosas, la administración se concibió como una deriva de la jurisdicción, en definitiva, como una potestad vicaria respecto de la misma. Así pues, y retomando el ejemplo francés, la historiografía crítica viene entendiendo que los conflictos habidos entre intendentes y Parlamentos no hicieron colisionar dos ámbitos distintos, el administrativo y el judicial, sino que se entablaron exclusivamente en el campo de la justicia, contraponiendo, eso sí, la retenida del rey de la que eran agentes los intendentes y la delegada personificada en los Parlamentos a su vez depositarios (o guardianes) de las leyes del reino. A todo ello hay que añadir que las personas de los administradores, que no sólo su actividad, pudieron siempre ser llevadas ante la justicia; nos lo recuerda un joven —y nostálgico— Tocqueville muchos años después:

> Acaecía con frecuencia, en la antigua Monarquía, que el Parlamento decretaba la detención de un funcionario público culpable de un delito. Algunas veces la autoridad real, interviniendo, mandaba anular el procedimiento. El despotismo se mostraba entonces a cara descubierta, y la obediencia no mostraba sino la sumisión a la fuerza. Hemos, pues, retrocedido mucho del punto adonde llegaron nuestros padres, puesto que nosotros, a título de justicia (*administrativa*), dejamos hacer y consagrar en nombre de la ley lo que a ellos sólo la violencia les imponía" (el añadido en cursiva es nuestro).[10]

Mientras que los Parlamentos procesaban a intendentes del rey de Francia disputándoles su comisión, en los territorios de la Monarquía católica se hacía

[9] Duverger de Hauranne, *Ordre*, 1828, p. 289.
[10] Tocqueville, *Democracia*, 1980, t. I, p. 99.

lo propio. Los agraviados siempre pudieron recurrir a la justicia, aunque el agravio fuese consecuencia de repartos de tributos, enganches para la guerra o destituciones de empleos; tal como rezaba una real cédula de 1567 sobre apelaciones ante las Audiencias indianas recopilada con posterioridad, de lo que se trataba era de que "los súbditos y personas que residen en aquellas provincias alcancen justicia cuando se sintieren y pretendieren estar agraviados de las cosas que proveyere y ordenare por vía de gobierno". Para la doctrina jurídica de la época, las cosas de gobierno fueron aquellas que por no afectar derechos adquiridos podían escapar a los requerimientos procesales de la *iurisdictio*, en el bien entendido de que devenían contenciosas por la oposición de un derecho que se pretendía lesionado. Como C. Garriga señala, la vía de gobierno así abierta, que en Castilla recibió muy pronto el nombre de expediente, debe no obstante entenderse como efecto y no como causa de la distinción, "que más bien responde a la idea [...] de que nadie puede ser obligado en contra de su voluntad si previamente no se le concede la posibilidad de alegar o probar su derecho en el caso". Reténgase bien esta idea, pues resulta fundamental para comprender la dificultosa historia de los contenciosos de la administración en la España decimonónica: la cuestión no reside, tal como pretenden algunos, en que a lo largo del Antiguo Régimen hispánico los asuntos se calificasen como gubernativos o contenciosos, sino en si estuvo o no abierta la posibilidad de convertir los primeros en contenciosos ante la justicia mediando, en definitiva, agravio.

Pero es que, además, todos o casi todos los comportamientos de las instituciones estuvieron marcados por ese "aire" de justicia que legitimaba la función del monarca. Aun cuando hubiera asuntos contenciosos y asuntos gubernativos, como también hubo salas de gobierno y justicia en los Consejos y Audiencias, los procesos de toma de decisión se asemejaron en ambos y en ambas. Hespanha ha insistido en muchas ocasiones sobre el hecho de que la preferencia por las "razones de justicia" frente al arbitrio determinó que aquellas instituciones —sobre todo las primeras— creasen procedimientos similares a los que correspondían a la justicia, que implicaban siempre el paso por una etapa contradictoria en el curso de la cual cada una de las partes exponía su punto de vista. Así pues, de lo que se trataba era de buscar la composición y no la unanimidad de los miembros que las componían, basándose para ello en la pluralidad y confrontación derivadas personalidad de los consejeros. Sus distintas opiniones, reflejadas en las consultas elevadas al monarca, permitían al rey decidir como un juez en la medida en que comparaba perspectivas contradic-

torias. En un sistema así concebido, la rapidez o la eficacia en la decisión que deseará la administración moderna no se consideraron, en ningún caso, valores. También debe ser retenida esta idea, pues pesará, y mucho, en el nuevo universo constitucional español e hispanoamericano: la forma de decidir mediando *consulta* de las diferentes instituciones no sólo se mantendrá en términos formales —lo que ya es indicativo de un estado de las cosas—, sino que se multiplicará hasta el paroxismo en un universo en el que las antiguas preeminencias quebraron y la instalación de unas nuevas resultaba ser realmente una cuestión tan inestable como conflictiva.

A todo ello añadiremos un último capítulo. Aun cuando la Monarquía católica salida de la Edad Media no se libró de los problemas derivados del cada vez mayor coste de las guerras modernas, que obligaron a buscar estrategias tendentes a incrementar los réditos públicos, su dimensión ultramarina —además de otras cosas— resultó ser un lastre bastante pesado. No es éste el lugar más indicado para realizar un estudio comparado de la versión hispánica de los comisarios y sus problemas en ultramar; bástenos recordar, simplemente, dos datos que afectan sobre todo a los cambios habidos a lo largo del siglo ilustrado: en primer lugar, que los límites de la llamada policía, *police*, *policey* o *buon governo* se mantuvieron hasta la crisis final del setecientos, por cuanto que el incremento de las funciones disciplinares de un monarca necesitado de dinero no significó el fin del viejo orden corporativo, sino muy por el contrario su necesaria colaboración en orden a lograr el aumento de la fiscalidad; y, en segundo, que a diferencia de lo ocurrido en otros lugares, una ciencia de la policía autóctona brilló por su ausencia en los territorios de la Monarquía católica. Lo que para muchos constituye "la propia esencia del moderno Estado",[11] y para otros el precedente directo del derecho administrativo floreció, sí, pero fuera de las fronteras hispanas; tal como afirmara el traductor de los *Elementos generales de policía de Von Justi*, a finales del setecientos ni siquiera existían tratados en castellano sobre la misma,[12] hecho que fue confirmado por V. de Foronda, quien en su momento sentenciaría: "A pesar de la necesidad absoluta de las obras de policía, estas son muy raras."[13]

[11] Schiera, "Policia", 1984, p. 309.
[12] Von Justi, *Elementos*, 1784, p. v.
[13] Foronda, *Cartas*, 1801.

En definitiva, ni en el reino francés ni en la Monarquía hispánica hubo espacio para un ámbito exclusivo, opuesto y superior al de la justicia; como afirma M. Antoine respecto de la Francia prerrevolucionaria, caracterizada al igual que la Monarquía hispánica por la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos antes de 1789, el rey *juzgaba* los asuntos de Estado y sus comisarios no sólo convivieron con las instituciones de justicia, sino que también actuaron como ellas en colaboración con —que no sustituyendo— el tejido corporativo. Todavía no hay, pues, ni legitimación ni dispositivos autónomos, y menos todavía un discurso jurídico que pueda oponerse/confrontarse al común. Otra cosa bien distinta será la proliferación de fueros, las necesidades de una cada vez más agobiada hacienda, el aumento de cargos distintos al modelo ofrecido por el magistrado, la conciencia de la inoperatividad de la vieja polisinodia hispánica y, por supuesto, las pretensiones del gran padre de familia en el que se convirtió el soberano en su relación con los pueblos. Pero las insuficiencias del "estado de justicia" no conllevaron la constitución de un aparato regido por su propio derecho que fuera juez en sus también propias causas: la legitimación y gestión del poder en términos jurisdiccionales, así como la naturaleza corporativa de la malla institucional de ambas sociedades, no propiciaban precisamente la instalación de tal experimento.

2.2. A la Revolución

A diferencia de lo ocurrido en Cádiz, la Asamblea Nacional francesa hizo tabla rasa de su pasado jurídico e institucional. Frente a la confirmación, cierto que *por ahora,* de todos los tribunales y justicias del reino que hiciera el Decreto I de las Generales y Extraordinarias, la supresión de la venta de oficios decretada en la noche del 4 de agosto de 1789 envió a casa a los parlamentarios; tampoco los intendentes soportaron la revolución municipal, siendo suprimidos por la ley departamental de 22 de diciembre de 1789, la cual no tiene correspondiente alguno en la normativa gaditana preconstitucional y, finalmente, el éxito de la división departamental francesa contrasta significativamente con la —mala— suerte de la división provincial española, la cual, además, nunca llegó a alcanzar América ni siquiera en diseño. Por el contrario, en algo coincidieron ambas asambleas: los antiguos Consejos desaparecieron tanto en un sitio como en el otro, siendo sustituidos por unas nuevas instituciones que sin embargo tampoco soportan la comparación: por mucho que nos empeñemos, no hay posi-

bilidad alguna de relacionar el Tribunal supremo gaditano con la Corte de Casación francesa, ni, andando el tiempo, el Consejo de Estado doceañista con su homónimo francés. Pero no pretendemos hacer historia institucional comparada, contentándonos simplemente con centrar una serie de cuestiones que, como no podía ser de otra manera, siguen siendo hijas del problemático tratamiento historiográfico de la vinculación del principio de separación de poderes con la erección de la Administración contemporánea.

Pocos son los artículos que, como el 13 de la ley de 16-24 de agosto de 1790, darán más juego a la historia de la administración: "Las funciones judiciales son distintas y permanecerán separadas de las administrativas; los jueces no podrán, sin prevaricar, molestar, de la manera que sea, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar delante de ellos a los administradores por razón de sus funciones". De aquí se extraen dos ideas que tienden a convertirse en precedentes de lo que luego sucederá: de un lado, se dice, la ley revolucionaria creo/amparó el establecimiento de la jurisdicción administrativa y, de otro, sentó las bases de la inviolabilidad —personal— de los administradores; en resumidas cuentas, la obra de Napoleón —a la que después atenderemos— se encontraba, en germen, en la famosa Ley que se supone *puso en planta* un segmento del artículo 16 de la Declaración de 1789. Sin embargo, esta norma sólo pretendió separar las funciones de las autoridades judiciales y administrativas, sin que ello implicara en ningún momento crear una dualidad jurisdiccional; la unidad de la justicia preconizada por ella misma implicaba que, en principio y en adelante, todos los litigios fueran llevados ante los jueces, incluidos por supuesto los que en otro tiempo estuvieron gestionados por los comisarios (Bigot). A todo ello debe añadirse que de la prohibición de citar a los administradores ante la justicia no implicaba en ningún caso su inviolabilidad; nos lo recuerda de nuevo Duverger de Hauranne, quien en 1828 criticaba la interpretación napoleónica de la Ley de 1790 recordando que la Asamblea, y no los superiores jerárquicos, fue la que se reservó el poder de enviar a los administradores a los jueces mediando denuncia de los particulares.[14] Esta última cuestión nos remite a otra más general que debe ser tenida en cuenta si queremos valorar en su debida medida la distancia que separa la obra de la Asamblea de la posterior creación napoleónica: como es bien sabido, el principio electivo se extendió a la selección tanto de los jueces como de los administradores departamentales, quienes compartieron así una casi idéntica legitimación.

[14] Duverger de Hauranne, *Ordre*, 1828, p. 293.

Ahora bien, de lo que tampoco cabe duda alguna es de que desde el mismo año de 1790 hasta la consolidación del régimen napoleónico se desencadenó lo que podríamos denominar un proceso de apropiación del campo, en principio único, de la justicia. Para hacer una mínima descripción del mismo nos serviremos, como venimos haciendo hasta aquí, de la minuciosa obra de Bigot, quien una y otra vez advierte respecto del uso —históricamente— espurio que se ha hecho del la Ley de 16-24 de agosto de 1790 en la legitimación de la jurisdicción administrativa, el cual, por cierto, ha llegado hasta hoy plasmándose incluso en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés. Después de que dicha ley pusiera los pilares de la organización de la justicia francesa, otra, en principio coyuntural por tener objetivos puramente políticos, abrió aquel proceso de apropiación. La ley de 6 de septiembre de 1790, que a pesar de su carácter tendrá una vida excepcional, despojará a la justicia ordinaria de las reclamaciones en materia de contribuciones directas, trabajos públicos y comunicaciones, violando, que no desarrollando, lo establecido en la Declaración y en la Ley por excelencia de organización de la justicia.

A partir de ese mismo momento se desencadenó un doble movimiento de connotaciones bien particulares, a saber: de un lado, se mantendrá y profundizará la desconfianza en la autoridad judicial, y, de otro, se multiplicará la extensión de las prerrogativas reconocidas a la administración activa. La aceleración revolucionaria de la Convención imprimió a esta actitud un carácter decisivo, y el administrador juez actuó con una rapidez creciente sobre las atribuciones de los tribunales. Años más tarde, un interesado Cormenin criticó los excesos a los que había conducido ese doble movimiento, cuya causa principal atribuyó a la impunidad que se había concedido a los administradores por obra de la revolución; después de recordar que el miedo al retorno del poder de los jueces había llevado a la Asamblea a dejar a los tribunales sin fuerza para proteger los derechos de los ciudadanos, añadió: "Bajo el nombre de libertad, reinaba una insoportable servidumbre. La tiranía del poder ejecutivo había despojado a los tribunales, y atribuido a la decisión expeditiva de las administraciones de los departamentos, y por vía de apelación a los ministros, toda suerte de cuestiones de estado, de propiedad, de títulos privados".[15]

[15] Cormenin, *Responsabilité*, 1819, p. 5.

3. DE LOS AVATARES DE LA OBRA NAPOLEÓNICA

3.1. El modelo en estado puro

El modelo de Administración que venía apuntando se consolidó durante el Consulado y el Imperio sobre unas nuevas bases ya que con independencia de cuáles fueran sus orígenes, lo cierto es que debe sus perfiles al proceso de concentración del poder operado por el régimen napoleónico, muy alejado del principio de separación de poderes con el cual no parece que el emperador congeniara. Así pues, y aun cuando dicho régimen se siguió apoyando/legitimando en las leyes revolucionarias nunca derogadas, el modelo de Administración napoleónica debe todo, o casi todo, a su progenitor, quien se apresuró a crear una institución fundamental para la historia de la Francia contemporánea: el Consejo de Estado.

Instrumento por excelencia del autoritarismo napoleónico, fue instituido por la Constitución de 22 de Frimario del año VIII (14/XII/1799), siendo sus miembros nombrados discrecionalmente por el jefe del Estado, quien podía destituirles o llamarles a otras funciones. A pesar de que el Consejo no dispuso de ninguna independencia jurídica por cuanto que todas sus deliberaciones debieron aprobarse por el jefe de Estado para devenir ejecutorias, resultaba difícil, o mejor, más bien imposible, gobernar sin su ayuda. Correspondió al Consejo la redacción de todos los proyectos de leyes, la interpretación de las mismas, la redacción de todos los reglamentos de la administración pública, la tutela de todos los departamentos y municipios y la consulta de todas las cuestiones de orden administrativo que le fueron enviadas por el jefe de Estado o sus ministros. A todo ello debe sumarse que el famoso artículo 75 de aquella Constitución blindó definitivamente a los administradores frente a los jueces, al mismo tiempo que colocó al Consejo en la posición de árbitro definitivo de la gestión de tal blindaje. Finalmente, los Decretos de 11 de junio y de 22 de julio de 1806 supusieron la creación de la Comisión del contencioso en el seno del Consejo, presidida por el ministro de Justicia y compuesta por seis *maîtres de requêtes* y seis auditores a los que se les encargó la instrucción y preparación de los informes de todos los asuntos contenciosos sobre los cuales debía pronunciarse el Consejo, así como la determinación de las formas de proceder delante de su nueva comisión (Bigot).

En otro orden de cosas, muy vinculado sin embargo a lo anterior, la ley de 28 de Pluvioso del año VIII no sólo situó a los prefectos a la cabeza de la admi-

nistración departamental, sino que creó los consejos de prefectura destinados a juzgar los asuntos contenciosos. Éstos se convirtieron en los jueces de primera instancia de los contenciosos de la administración, ya que sus decisiones fueron consideradas por el jefe de Estado como verdaderos juicios ejecutorios dotados de autoridad de cosa juzgada, pudiendo ser reformados en apelación en el mismo. Algunos autores señalan que no hay que identificar estos consejos con simples marionetas al servicio de un maestro de ceremonias, ya que algunos demostraron con su actuación cierto margen de independencia, pero hay que advertir que no presentaban en ningún caso las garantías de un tribunal ya que sus miembros eran, como los del Consejo de Estado, nombrados y revocados discrecionalmente por el jefe de Estado, a lo que hay que sumar que la ley que los creó no fijó ninguna regla de procedimiento que los asimilara en su funcionamiento a la jurisdicción ordinaria o común: el procedimiento ante los consejos no era contradictorio, y los litigios se solventaban en medio de una gran confidencialidad. En definitiva, incluso concebidos como instituciones jurisdiccionales, los consejos confundían justicia y administración ya que sus miembros ejercían una fracción de la administración activa en sus funciones contenciosas, llegando algunos consejeros a suplir incluso a los prefectos. Así concebidas, estas instituciones conocerán un cada vez mayor número de asuntos, ya que si algo caracterizó al Consulado e Imperio fue una creciente ampliación de las atribuciones jurisdiccionales de los consejos de prefectura (Bigot).

Todo un universo media entre la obra napoleónica y el conjunto formado por la Declaración, la ley de 1790 y la propia Constitución de 1791, un universo que puede identificarse con un programa político ideado para hacer frente a una coyuntura, por más que ésta fuera constitutiva de la Francia contemporánea. Terminar la revolución, levantar las infraestructuras, consolidar el Imperio... requirieron de una administración jerarquizada que no podía ser molestada por los jueces. Éstos no debían entrometerse en cuestiones tales como ventas nacionales, medidas sobre emigrados, nacionalización de la deuda, construcción de las redes viarias, organización de los trabajos públicos, explotación de las minas, desecamiento de pantanos... con independencia de que las medidas que sobre todas aquellas cuestiones tomasen los administradores conculcaran los derechos individuales de las personas que habitaban en el territorio francés, protegidas, eso sí, levemente, por las disposiciones generales recogidas en el título VII de la Constitución de Frimario del año VIII (Bigot). Como es bien sabido, el modelo ¿constitucional? napoleónico se extendió a los

países que progresivamente fueron entrando en la órbita imperial, aun cuando en el caso español conviviría con una muy diferente Constitución: la de Cádiz.

3.2. Bayona vs. Cádiz

No es este el lugar indicado para historiar la convocatoria de Bayona, ni tampoco para analizar los trabajos de la Asamblea allí reunida. Interesa sólo destacar que al igual que en otros textos napoleónicos, en el Estatuto de Bayona se instituyó un Consejo de Estado, el cual, en diseño, desconcierta un tanto al historiador. En principio, a este Consejo se le atribuyeron una serie de tareas que le asemejan al originario del emperador, ya que el español también debía, de un lado, examinar y extender los proyectos civiles y criminales y los reglamentos de administración pública, y, de otro, conocer de las competencias de jurisdicción entre los cuerpos administrativos y judiciales, de la parte contenciosa de la administración y de la citación a juicio de los agentes o empleados de la administración pública. Sin embargo, este supuestamente *nuevo* Consejo no lo era tanto, o mejor, estuvo tocado por la inercia de la antigua polisinodia hispánica, ya que las diversas Secciones que lo debían componer bien parecen una suerte de (re)formulación de los antiguos Consejos de la Monarquía, por lo que sus hasta 60 miembros, que bien pueden traducirse por plazas, estuvieron seguramente pensadas para dar asiento a los problemas de recolocación de la burocracia, en este caso, la acreditada como afrancesada.

Dotado de un Reglamento, el Consejo fue de las pocas instituciones josefinas con vida propia; estudiada por Abeberry no parece sin embargo que de la misma se puedan extraer datos que confirmen la *nueva* actividad jurisdiccional del Consejo. Pero lo que realmente interesará aquí será tratar de responder la siguiente cuestión: ¿hasta qué punto resultaba posible que el Consejo entendiera de la parte contenciosa de la administración y de la citación en juicio de los empleados de la administración pública? Los trabajos de C. Muñoz del Bustillo nos demuestran que el Consejo era la última pieza correspondiente a un plan ajeno por completo a la lógica institucional de la Monarquía, toda vez que implicaba un auténtico trasplante del modelo de Estado napoleónico, aun cuando, eso sí, estuvo diseñado en exclusiva para la Península sin que América, en principio, entrara en él. No obstante dicho plan no llegó a implementarse ni siquiera en lo que corresponde a su diseño normativo, y mucho menos llegó a funcionar; así, por ejemplo, aun cuando por decreto de 17 de abril de 1810

se crearon treinta y ocho prefecturas peninsulares, estableciendo cuáles debían ser los órganos de la administración al estilo francés, lo cierto es que apenas hubo cambios significativos que transformaran el estado de las cosas: los nuevos prefectos fueron una versión mal acomodada de los antiguos intendentes, los cuales, además, se inhibieron a favor de los tribunales en el tratamiento de las reclamaciones de naturaleza judicial. En resumen, para lo que aquí nos viene ocupando el experimento bonapartista comenzó siendo un papel y terminó sin alterar su naturaleza, aun cuando bien es verdad que su implantación hubiera supuesto una radical transformación de la Monarquía.

Frente al imposible plan bonapartista, se alzó la obra constitucional gaditana, mucho más ajustada y/o adecuada al tejido institucional hispánico así como a su cultura y prácticas. Por lo pronto, en ella no encontramos nada que nos permita hablar de otra jurisdicción que la común, con independencia de que se mantuvieran los fueros militar y eclesiástico, a lo que hay que añadir que el Consejo de Estado creado por la primera norma doceañista en nada se asemejaba al napoleónico: en palabras de F. Martínez, dicho Consejo se concibió como una *sombra del legislativo*, aun cuando su vinculación con este último se siguió instrumentando a través de las conocidas "consultas", las cuales, por cierto, en poco o nada diferían de las elevadas a las Cortes por el Tribunal Supremo: también en esto, las Cortes sustituyeron al monarca sin que ello supusiera un quebrantamiento de las formas documentales procedentes del Antiguo Régimen.

Pero por lo que aquí más importa, si hay algo que desconoció el constitucionalismo doceañista fue la bomba de relojería que se alojaba en el artículo 75 de la Constitución del año VIII *(Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat: en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaries)*, a lo que hay que añadir que la inviolabilidad de los agentes se había extendido a los eclesiásticos, quienes en ningún caso pudieron ser llevados ante los tribunales sino sólo ante el Consejo de Estado. Pues bien, frente a la irresponsabilidad de los agentes y eclesiásticos franceses, el constitucionalismo doceañista radicó su garantía precisamente en lo contrario, esto es, en la exigencia de la responsabilidad de todos los empleados públicos, eclesiásticos incluidos, quienes pudieron ser denunciados no sólo ante sus superiores, sino también ante los jueces e incluso las Cortes solicitando la apertura de causa en la que se pudiera deducir en concreto su responsabilidad por infracciones a

la primera norma. El control de la responsabilidad de los empleados públicos se ejerció hasta el punto que las Cortes no sólo atendieron las demandas por quebrantamiento de la primera norma, sino por extensión de todas aquellas que componían el legado normativo asumido como vigente; así, por ejemplo, las Cortes no sólo atendieron denuncias sobre violaciones de las libertades individuales reconocidas en la Constitución tramitadas por eclesiásticos contra sus superiores,[16] sino que llegaron a aprobar la apertura de causa a un vicario eclesiástico del obispado de Barcelona por haber infringido una norma recopilada sobre matrimonios de menores.[17]

Si desde los mismos comienzos de la Revolución francesa se desencadenó una lógica que apuntaba a la conversión de todo lo tocado por los agentes en cuestión administrativa en la que jueces y tribunales no podían entrar aun cuando el asunto deviniera contencioso, la puesta en planta del modelo constitucional gaditano propiciará otra por completo distinta: todo lo tocado por los empleados públicos pudo convertirse en un recurso por infracción constitucional o por mera responsabilidad, lo que multiplicó la litigiosidad que traía causa del pasado corporativo y jurisdiccional de la Monarquía católica. Ahora bien, el nuevo procedimiento de exigencia de responsabilidad no implicó ninguna revolución en los principios, por lo que se pudo superponer a las vías conflictuales ya conocidas, no obstante lo cual demostró tener una vis atractiva muy potente: poco a poco, tanto los antiguos "agravios" como las competencias de jurisdicción se irán traduciendo primero en denuncias por infracciones a la Constitución y, con posterioridad, en demandas de responsabilidad de los empleados por quebrantamiento del orden normativo.

En resumidas cuentas, en el complejo constitucional gaditano no sólo no existió ninguna norma que bloqueaba la posibilidad de convertir un asunto gubernativo en contencioso llevándolo ante los tribunales, sino que, además, en cualquier momento de la tramitación del expediente, pleito o causa se pudo plantear un recurso exigiendo responsabilidad por infracciones a la Constitución ante un abanico de instituciones en cuya cúspide estuvieron las Cortes o el rey debido a que no se exigió en ningún momento el *agotamiento* de vía

[16] Queja de un presbítero residente en Santiago de Cuba contra el arzobispo de aquella diócesis por infracción del derecho de libertad de imprenta y de las garantías procesales, en Archivo del Congreso de los Diputados, Madrid (en adelante ACD), Serie General, leg. 40, exp. 71.

[17] ACD, Serie General, leg. 41, exp. 94.

gubernativa o contenciosa como condición previa a su interposición. La imposición de una multa, la cobranza de un tributo, la organización de las elecciones, la atribución de competencias por parte de un alcalde o una Diputación... se convirtieron en posibles infracciones aun cuando, eso sí, si bien la competencia para declarar la apertura de causa por advertir su existencia correspondió en última instancia a las Cortes o al rey, fueron los jueces y tribunales los que con posterioridad debieron seguir los procesos con objeto de deducir la concreta responsabilidad del empleado considerado por aquellos infractor, quien respondía de sus acciones con sus propios bienes.

La historiografía conviene en que el modelo constitucional gaditano respondió *judicialmente* a la cuestión de los contenciosos de la Administración, no obstante lo cual muchos autores advierten de una tendencia a sustraer de la jurisdicción común los asuntos gubernativos devenidos contenciosos que se consolidaría a lo largo de los años del Trienio liberal. Pero aun cuando en principio se pueda suscribir esta tesis, la contraposición entre asuntos gubernativos y contenciosos resulta por completo irrelevante de quedar abierta la vía proporcionada por la exigencia de responsabilidad a los empleados públicos. Así, por ejemplo, bien se enteró de todo ello un jefe político de Madrid, Miguel Gayoso, quien suspendió un procedimiento ejecutivo judicial por entender que el asunto le correspondía al ser gubernativo; denunciado ante las Cortes, éstas declararon la existencia de una infracción del artículo 243 de la Constitución instando la apertura de causa al jefe político.[18] Actuando así, las Cortes se convirtieron en este u otros casos similares en una suerte de Tribunal de conflictos un tanto extraño, ya que de lo que trató no fue sólo de calificar la naturaleza del asunto atribuyéndolo a una u otra instancia —que no aparato—, sino de exigir la responsabilidad personal de los que habían demostrado no *obrar bien el oficio*.

Aun cuando fueron muchos, no importa tanto saber cuántos conflictos de este tipo resolvieron las Cortes, sino de captar lo esencial de la lógica impuesta por la responsabilidad de los empleados públicos en el concreto asunto que nos viene ocupando: mediando recursos por responsabilidad, no es posible establecer distancia alguna entre el acto y la persona del empleado, por lo que el conflicto o competencia de jurisdicción, de darse, no se entabló entre justicia y administración, sino entre sujetos dotados de *potestad pública*. Como podrá

[18] Sesión de las Cortes del 29 de marzo de 1822, en *Diario*.

comprenderse, de aceptarse esta perspectiva, el significado del término poderes comienza a diluirse como si de un azucarillo metido en agua se tratase, a lo que debe añadirse una última cuestión: la normativa doceañista habló siempre de empleados públicos, de Ayuntamientos o de Diputaciones, pero nunca de Administración. El problema territorial, si así queremos denominarlo, fue común a todos los territorios de la antigua Monarquía, pero lo cierto es que sólo desde América se pueden apreciar sus verdaderos perfiles.

3.3. América jurisdiccional

A los estudiosos de la estructura corporativa e intracorporativa americana no les debe extrañar que muchos de los instrumentos o mecanismos diseñados por el constitucionalismo doceañista no repugnaran en la otra orilla del Atlántico. Y no nos estamos refiriendo precisamente a los textos que hablaban de derechos de libertad o ciudadanía, sino a todas aquellas disposiciones constitucionales o infraconstitucionales que propiciaron tanto el mantenimiento como la reformulación de los *cuerpos* (municipales, provinciales, étnicos, religiosos...) entendidos como sujetos políticos. La existencia de una notable historiografía sobre elecciones, constitución de Ayuntamientos o Diputaciones, reorganización de la justicia, ceremonias reproductoras de la comunidad y, en fin, propuestas constitucionales federalizantes de muy diverso signo, nos releva de la tarea de hablar de lo que podría definirse como lecturas americanas del constitucionalismo gaditano.

Ahora bien, en lo que respecta a la cuestión que nos viene ocupando, América o, mejor, algunas partes del subcontinente, se comportaron de manera si no distinta, sí particular a lo largo de los años en los que de forma intermitente —y sin duda desigual— estuvo vigente el experimento constitucional doceañista. A este respecto, un primer dato resulta altamente significativo: a diferencia de lo sucedido en la Península, los jueces de letras reclamados en la Constitución tardaron en llegar o, mejor, no llegaron nunca. Esto no quiere decir que en la Península su instalación fuera ni inmediata ni perfecta: F. Martínez ha demostrado que en numerosos lugares los cuerpos municipales asumieron la jurisdicción que en principio estaba reservada a la justicia letrada al igual que lo hicieran en América, convirtiéndose así en juez y parte en múltiples ocasiones, sobre todo en las que afectaban al proceso de reversión de los señoríos jurisdiccionales a la nación. Sin embargo, la *generalización* de la apropia-

ción, sumada a la multiplicación de Ayuntamientos en virtud del derecho concedido a los pueblos de más de mil almas por la propia Constitución, fortaleció sin duda una lógica de dispersión de cuerpos que no resulta comparable a la peninsular, con independencia de que se partiera de presupuestos preconstitucionales y constitucionales similares.

Así las cosas, no parece que el principal problema americano fuera delimitar los ámbitos de la justicia y de la administración, sino muy por el contrario el del reparto y control del espacio. No es por casualidad que en su historia del derecho administrativo Mannori y Sordi identifiquen el fin del mundo antiguo con la invención del espacio administrativo, haciéndolo coincidir con la cancelación de la historicidad del territorio obrada por la revolución: la sustitución del antiguo *patchwork* institucional, la superposición gótica de diócesis, bailías, gobiernos, por una jerarquía única de circunscripciones consagró la unidad administrativa de Francia. Frente a esta radical cirugía, la introducción de una nueva lógica representativa, por más que ésta arrastrase innumerables lastres, permitió multiplicar los conflictos entre las cabeceras y las demás ciudades y villas de sus antiguos distritos, los cuales, como por cierto no podía ser de otra manera, se expresaron en un lenguaje tan viejo como conocido. Muy resumidamente, lo que en América se demandó fueron cuerpos y no su abolición: las provincias reclamaron la erección de Audiencias, Consulados, Obispados y Universidades; las ciudades también, además de pretender la concesión de diferentes títulos; los pueblos su ayuntamiento y, en fin, todos o casi todos basaron sus demandas en el debido reconocimiento de sus méritos corporativos, fueran éstos patrióticos, heroicos, geográficos, económicos o simplemente paisajísticos. Por más que se dijese que sólo a la nación representada correspondía la decisión de hacer una nueva división cuando se pudiera, en el ínterin, que resultará definitivo, la lógica de la redistribución del espacio seguía siendo la de la composición, no obstante marcada por una conflictividad sin precedentes.

Esta última también tocó al principal elemento comisarial gaditano, enfrentado en numerosas ocasiones a los nuevos cuerpos que se fueron constituyendo. Con independencia de que en numerosas ocasiones las nuevas instituciones representativas, cual es el caso de las Diputaciones, se batieran contra los jefes políticos por motivo de la deslealtad constitucional de la cual hicieron gala algunos de estos últimos, lo cierto es que los que en principio debían ser los primeros agentes de la administración central no contaron precisamente con

mucha ayuda para obrar una renovación radical. Colocados en la cúspide de un espacio que se mantenía abigarrado a la vez que cada vez más confuso por cuanto que las nuevas líneas se superpusieron a las antiguas sin terminar de borrarlas, los jefes políticos, nuevos remedos de viejas autoridades de la Monarquía, no introdujeron novedad alguna en lo que respecta a la gestión del gobierno económico y político de los cuerpos provinciales y municipales del que hablara la Constitución. Es más, en la medida en que estos últimos pretendieron reasumir la jurisdicción de las primeras instancias entrando en conflicto —sobre todo— con el antiguo aparato de las intendencias, así como con los muy poco renovados militar y eclesiástico, los jefes políticos —entre otros— tuvieron que gestionar la conflictividad deducible de este nuevo foco de confrontación. No obstante, este esquema, digámoslo así, litigioso, no deparaba tampoco muchas novedades en lo que respecta a la esencia de su naturaleza a pesar de que tanto los protagonistas como las razones alegadas fueran, en ocasiones, desconocidos.

De forma un tanto grosera, la diferenciación de los campos contencioso/gubernativo en tierras americanas se podría focalizar en dos cuestiones, a saber: de un lado, en el seguimiento del realojo, si lo hubo, de los antiguos expedientes; de otro, en la identificación de las instancias resolutorias de los conflictos y sus correspondientes formas de proceder. Aun cuando pudiera parecer que la anterior resulta una propuesta un tanto apriorística a la vez que en exceso formal, lo cierto es que procede de una lectura de las *Actas de la Diputación del Yucatán*,[19] verdadero pozo de información para los interesados por la problemática política e institucional deducible de la implantación del experimento constitucional en aquel territorio. De las mismas se deduce que el mantenimiento de los antiguos cuerpos de justicia, como eran las Audiencias, conllevó que la puesta en planta de la normativa que vehiculaba la separación de poderes se identificase, sin más, con el traslado y reparto de los expedientes que obraban en sus salas de gobierno. Repárese en que, de nuevo, esta distribución no implicaba que los dichos expedientes no pudieran volver una vez devenidos contenciosos, pero lo que reflejan las actas es que el traslado se efectuó, lo que ya resulta significativo. No obstante, estas últimas dan cuenta de una problemática mucho más interesante, si cabe, cual es la de la nueva conflictividad generada por la aplicación de la normativa constitucional gaditana. Además de las con-

[19] *La Diputación*, 2006.

sabidas peticiones respecto de la formación de ayuntamientos, así como las que corresponden a la demanda de cuerpos de todo tipo, las actas demuestran que la lógica constitucional de la que antes dimos cuenta también se desarrolló al otro lado del Atlántico, aunque expresada en términos muy particulares. La legitimación representativa de las Diputaciones, además del explícito encargo constitucional, las convirtió en la instancia natural de tramitación de los recursos por infracciones a la Constitución; sin embargo, no parece que estuvieran muy seguras de su capacidad. Una y otra vez, la Diputación del Yucatán preguntó sobre cómo debía resolver los expedientes, a pesar de que lo primero que hizo nada más constituirse fue integrar una comisión de infracciones. Expresado de otra manera: aquella Diputación abusó de la —conocida— consulta y despreció el uso de los nuevos instrumentos recogidos en la normativa constitucional; así las cosas, no es de extrañar que en Yucatán se redujese el ámbito de las infracciones a materia política, siendo así que muchos de los conflictos que en la península se tramitaron por vía de infracciones siguieron entendiéndose en términos antiguos. En definitiva, los agravios y las competencias siguieron siendo agravios y competencias, no deviniendo recursos por infracciones a la Constitución.

Sin embargo, que el mecanismo tenía futuro se demostró andando el tiempo. Además de que los recursos americanos tramitados por las Cortes se fueron incrementando al correr del tiempo, el nuevo constitucionalismo independiente asimiló de buen grado la idea que subyacía en los mismos, a saber: los nuevos cuerpos representativos, y no otros, eran los destinatarios naturales de la resolución de las quejas procedentes tanto de individuos como de cuerpos respecto del comportamiento de los investidos con potestad pública. Numerosos textos constitucionales articularon mecanismos semejantes al gaditano como bien puede comprobarse en muchas constituciones estatales del primer periodo federal mexicano o en la peruana de 1823, cuyos artículos 186 y 187 reproducen con exactitud los términos doceañistas. No es este el lugar más indicado para hacer una historia que partiendo del presupuesto de exigencia de responsabilidad termine en la formulación de mecanismos como el amparo, ni tampoco para rastrear la suerte de antiguos recursos que, como los de fuerza o protección, se adecuaron a las exigencias de los nuevos tiempos del Chile independiente, pero sí para afirmar que si hubo un lugar refractario a la constitución de un espacio administrativo ése fue América, en donde la lógica de composición que había dominado la gestión institucional no sólo se man-

tuvo, sino que se reformuló en virtud de las complicaciones introducidas por la aparición de nuevos sujetos y de algunas —pocas— nuevas reglas de juego. Si de nuevo recurrimos a una imagen un tanto grosera, ésta nos diría que en América no se separaron los poderes, sino que se repartieron y redistribuyeron entre la multitud de viejos y nuevos cuerpos que convivieron en el experimento constitucional doceañista, lo que conllevó el mantenimiento o reformulación de conocidos instrumentos de resolución de los conflictos. De aceptarse esta interpretación apresurada, la consecuencia resulta clara: la matriz jurisdiccional del constitucionalismo gaditano alcanzó proporciones desmesuradas al otro lado del Atlántico dificultando, si no impidiendo de plano, la constitución de una jurisdicción administrativa.

4. ESPAÑA, 1845: LA RUPTURA DEL PARADIGMA JURISDICCIONAL

En 1845 se instaló en España un sistema de justicia administrativa que, en principio, rompía definitivamente una tradición plurisecular. La publicación de dos importantes Leyes en dicho año, hijas por cierto de una de Bases anterior, marcaría un auténtico hito en la historia decimonónica española, aun cuando no puede olvidarse que desde mucho antes se venían oyendo voces que reclamaban instituciones o competencias para las ya existentes. Unos y otros argumentaron sobre la necesidad de trasplantar el modelo de justicia administrativa que imperaba en el país vecino; sin embargo, los mensajes que por entonces provenían del otro lado de la frontera no resultaban de fácil lectura. Porque, por más que aquí los defensores de la justicia administrativa tratasen de tergiversar los datos, la Francia de 1845 no era la imperial. Tal como sugiere Bigot, la desaparición de Napoleón debiera haber arrastrado la de su sistema de justicia administrativa, que sin embargo se mantendría aunque no sin problemas: así, de 1814 a 1848 se discutió hasta su misma existencia; la II República lo mantuvo transformando de raíz su naturaleza; tomó nuevos bríos durante el Segundo Imperio y, finalmente, se suspendió en 1870, a pesar de lo cual una serie de reformas institucionales, así como una profunda depuración, permitieron su reinstalación dos años más tarde. Las trazas de su segundo pasado imperial pesaron mucho en los 30 primeros años de la III República, no obstante lo cual, después de Sedán la justicia administrativa perdió definitivamente su condición *retenida.*

Como quiera que sea resulta imposible presentar ni siquiera un resumen de la evolución de la Administración francesa, su justicia y su derecho —la cual por cierto debería llegar hasta hoy—, aquí trataremos simplemente de aislar una serie de cuestiones que, a nuestro juicio, iluminan el *modelo francés* que se supone inspiró a los políticos españoles en la construcción de la jurisdicción administrativa en el año de 1845. En otro orden de cosas, el comparativo, esta fecha resulta también realmente importante por cuanto que marca la bifurcación de los caminos peninsular y americano. De entenderse así las cosas, y por mucho que la historiografía contribuya a naturalizar la opción española retrotrayéndola a épocas anteriores, deberíamos concluir que el experimento moderado fue el resultado de una tan simple como capital decisión política influida, se supone, por una situación y por un modelo.

Ahora bien, ¿cuál era el estado de este último por aquel entonces? Para determinarlo, debemos volver a la Francia que acaba de asistir al derrumbe de su I Imperio.

4.1. Del *estado* del modelo francés: liberalismo y justicia administrativa

Las derrotas del emperador propiciaron la vuelta de los Borbones al trono de Francia, pero no el retorno a la situación previa a 1789: también en esto, la España constitucional tuvo peor suerte ya que su 1814 asistió a la anulación absoluta de la obra doceañista, lo que se repetirá en 1823 con el segundo regreso de Fernando VII. La Restauración francesa, sin embargo, arrancó con una Carta que con independencia de que su carácter otorgado, así como de otras limitaciones de las que no daremos cuenta aquí, situó a Francia en un ámbito —más o menos— constitucional, a lo que hay que añadir que también el derrocamiento de la rama principal de los Borbones en la revolución de julio de 1830 se saldó no sólo con la presencia de un Orleáns en el trono, sino con una nueva Carta mucho más generosa que la anterior. El periodo que transcurre entre 1814 y 1848 se suele vincular a la instalación del régimen parlamentario en Francia, aun cuando existen inteligentes críticos que vienen poniendo en duda la versión canónica de aquel proceso. Mas no interesa aquí hablar de la historia del marco parlamentario cuanto de un debate al que asistió; expresado con los términos que B. Constant haría famosos, podría resumirse más o menos así: ¿qué quedaba de la *libertad de los modernos* en un país en el que hubiera jurisdicción administrativa?

Luis XVIII había heredado una maquinaria así como una concepción de lo que era la Administración y su ámbito. Su inicial repugnancia ante la asunción de un legado tan unido a la persona del emperador le llevó a realizar grandes cambios en el Consejo de Estado, sin que ello supusiera la desaparición de su comisión contenciosa, lo que arrastraría el mantenimiento de todo el aparato que hacía posible la existencia de una jurisdicción administrativa. A ello debe añadirse que la legitimación de la misma seguía siendo idéntica a la del periodo anterior, por cuanto que se entendió que la jurisdicción administrativa era expresión de la justicia retenida del monarca. Circulan muchas explicaciones respecto de esta continuidad que transitan desde la apuesta por la eficacia a una supuesta recuperación del pasado previo a la revolución; sin embargo, y para resumir, lo cierto es que el mantenimiento de la jurisdicción administrativa resultó ser un importante capítulo del pacto que permitió a Luis XVIII volver al trono de Francia: entre otras muchas cosas, pero sobre todo la venta de bienes nacionales no era reversible, lo que implicaba que jueces y tribunales no debían inmiscuirse en el reparto que había propiciado la revolución basándose en la defensa de los derechos de propiedad previos a la misma.

Pero las necesidades políticas del trono restaurado fueron incapaces de acallar una discusión que se extendería hasta 1848; a pesar de que su naturaleza fue, sin duda, política, se expresó en términos jurídicos hasta el punto de que algunos estudiosos hacen hoy hincapié en lo que el derecho administrativo debe al debate entablado a lo largo de la Restauración y la Monarquía de julio. Tres, sobre todo, fueron los pilares de la crítica que desencadenó la discusión, a saber: en primer lugar, muchos argumentaron a favor de la identificación de la restauración y de la Monarquía de julio en términos de recuperación de libertades perdidas en el/los periodo/s anterior/es; dicha recuperación, en segundo lugar, se vinculó al *real* cumplimiento de las Cartas, lo que muchas veces significó la realización de una determinada lectura —contractual— de las mismas, la cual, en tercer lugar, se expresó en términos de admiración respecto del gobierno e instituciones británicas. De 1814 a 1848 una potente anglomanía se apoderó del lenguaje político, lo que obligó a reparar en la existencia de una capital anomalía: el país de las libertades situado al otro lado del Canal de la Mancha desconocía por completo la jurisdicción administrativa; el gobierno representativo por el que clamaba el liberalismo doctrinario, cuyo ejemplo por excelencia resultaba ser el británico, no casaba precisamente con la herencia napoleónica.

En este marco general la crítica a la jurisdicción administrativa se expresó en términos más específicos. Así, en primer lugar, la lectura contractual de las Cartas conllevó la acusación de inconstitucionalidad de la justicia administrativa, por cuanto que ésta no se reflejaba en aquéllas;[20] en segundo, la recuperación de los derechos implicaba la de su garantía judicial, lo que traducido significaba que los tribunales debían ser instituidos por ley, inamovibles sus miembros y regulados sus procedimientos;[21] y, en tercero, fueron muchos los que clamaron contra la irresponsabilidad de los agentes de la administración, ya que tal como denunció Berenguer, la vigencia *inconstitucional* del famoso art. 75 había convertido al Consejo de Estado en un jurado de acusación que decretaba la apertura de causa de los agentes del gobierno, con el resultado de que ningún tribunal podía perseguir ni siquiera a un guardia rural sin la decisión de aquel jurado.[22] En resumidas cuentas, los críticos de la justicia administrativa la identificaron con una *justicia de excepción* cuya sola existencia ponía en peligro todos y cada uno de los derechos de los franceses, hasta el punto de que, como diría Lemercier, la arbitrariedad que caracterizaba su funcionamiento había obligado a sus víctimas a acudir a las Cámaras para pedir justicia como única escapatoria frente a la indefensión.[23]

Las reformas sufridas por la jurisdicción administrativa a lo largo de todos los años que separan la derrota napoleónica de 1845 no silenciaron las voces críticas, a la par que la justicia ordinaria se fue librando poco a poco del complejo de inferioridad que traía causa de la misma revolución. Hacer historia de todo ello resulta una tarea muy compleja, pero de lo que no cabe duda es de que el liberalismo, del radical Constant a doctrinarios como el duque de Broglie, tuvo problemas cuando de justificar la jurisdicción administrativa se trataba. Las libertades de los modernos, el gobierno representativo y, por supuesto, la separación de poderes no se explicaban bien desde el mantenimiento de una justicia administrativa inconstitucional entendida como la puesta en planta —institucional y procedimental— de la retenida por el monarca: como dirán muchos críticos tibios, otra cosa será la institución de una justicia especializada, pero ésta debía correr paralela a la ordinaria cumpliendo con sus mismas garan-

[20] Lanjunais, *Conseil*, 1817, p. 17.
[21] Berenguer, *Justice*, 1818, pp. 78-79.
[22] *Ibid.*, p. 67.
[23] Lemercier, *Système*, 1819, p. 17.

tías. La revolución del 48 trató de responder a muchas de las críticas que se venían arrastrando desde 1814, pero a su altura en España ya se había recibido el *modelo francés*, o mejor, una versión muy particular del mismo.

4.2. El trasplante español

Dejando a un lado la opinión de todos aquellos que pretenden que el binomio contencioso/gubernativo proveniente del Antiguo Régimen arrastraba la existencia de una dualidad jurisdiccional casi perfecta que —por fin— se consolidaría en 1845, la historia de la jurisdicción contenciosa de la Administración española se suele dividir en varios periodos hasta llegar a la actualidad: el jurisdiccional gaditano, el confuso, pero tendencialmente administrativo, que transcurre entre 1833 y 1845; el correspondiente a la instalación de la jurisdicción administrativa *stricto sensu*, esto es, 1845-1868; el de su supresión por cuenta de la Revolución Gloriosa; el de su restauración, que llegó de la mano de la correspondiente monárquica en 1876 y, finalmente, el de la famosa ley de 1888, de la que arrancaría un proceso de judicialización de los contenciosos de la administración que se iría completando hasta el advenimiento de la II República. El corte que supuso la dictadura franquista no implicó, sin más, una vuelta a periodos anteriores; muy por el contrario, el actual derecho administrativo español debe mucho a una importante ley aprobada en 1956, así como a sus hacedores, la cual diseñó un panorama que llegaría, sin repugnar, a la Constitución actual de 1978.

Como se habrá podido comprobar, las idas y venidas de la jurisdicción administrativa española pueden, en principio, compararse con las francesas, lo que además no hace sino confirmarse cuando se comprueba la deuda que los "primeros cultivadores del derecho administrativo español" tenían contraída con los autores galos. Sin embargo, hay que advertir que este trasplante bien pudo ser de órganos, pero el cuerpo al que estuvieron destinados era particular hasta el punto de que si tenemos en mente sus caracteres esenciales éstos nos obligan a concluir que no hay comparación posible entre los doctrinarios franceses y los moderados españoles, responsables directos de una operación que, años más tarde, llegaría a calificarse así:

> importación extranjera admitida en España, no después de solemnes debates en los Cuerpos legisladores, sino a la sombra de autorizaciones dadas al Gobierno,

> pero miradas con desconfianza entre nosotros; recibida generalmente con poco favor en la opinión pública, aceptada con visible repugnancia por muchos jurisconsultos, defendida con tibieza por algunos, y abandonada en los últimos tiempos, casi del todo, por los que se mostraron antes sus partidarios.[24]

A diferencia de lo ocurrido en la Francia de la Restauración y de la Monarquía de julio, en España no hubo un verdadero debate en torno al establecimiento de algo tan relevante como la jurisdicción administrativa. Repárese en que al igual que las Cartas francesas, la Constitución de 1845 fue muda en este aspecto, aun cuando hay que advertir que la degradación de la justicia operada por este texto abría las puertas a la instalación de dicha jurisdicción ya que, de un lado, el poder judicial del que hablaba la Constitución de 1837 hasta entonces vigente se había trasmutado en simple Administración de Justicia en el texto de 1845, y, de otro, este último privó de estatuto constitucional a la organización de la justicia, remitiendo su determinación a las Leyes. Así las cosas, las denuncias de inconstitucionalidad de la jurisdicción administrativa no pudieron tener cabal entrada en la España gobernada por los moderados. Y lo que es más: sus defensores, que fueron muchos, asumieron con naturalidad la idea de que la instalación de la justicia administrativa implicaba la puesta en planta del principio de separación de poderes por el que había apostado la Constitución de 1845, a la par que sus críticos se esforzaron solamente en tratar de evitar los —posibles— *excesos* a los que podría dar lugar la implantación de tal experimento. La, digámoslo así, expropiación de la justicia por parte de la Administración se identificó con la realización de aquel principio sin mediar esfuerzo teórico alguno, lo que contrasta significativamente con el *estado* del modelo a imitar ya que, aun cuando Francia fuera sin duda el paraíso de la jurisdicción administrativa, ésta estuvo bajo sospecha obligando a los defensores y o miembros de la institución a argumentar y actuar en consecuencia.

Nada de eso, en principio, ocurrió en España. Y es que el cuerpo al que antes hacíamos referencia no era capaz de asimilar a la altura de 1845 los términos en los que se había expresado el debate francés. Ese cuerpo español no había sufrido, en primer lugar, una reorganización territorial e institucional ni remotamente similar a la francesa; en segundo, tampoco la ley había ocupado el sitial

[24] Gómez, "Supresión", 1868. Extraído de la colección documental realizada por Fernández, *Historia*, 2007, p. 253.

galo, lo que afectaba directamente, en tercero, a la administración de justicia que se supone *competía* con la administración en la resolución de los contenciosos tanto en su organización como en sus procedimientos. Además de la baja calidad del parlamentarismo español, que facilitó entre otras cosas la persistencia de un legado normativo acumulado desde el Antiguo Régimen, el panorama institucional previo a 1845 seguía dominado por las corporaciones, antiguas y de nueva (re)creación, así como por una persistente pluralidad jurisdiccional que traía causa del mantenimiento de la diversidad de fueros, que se mantuvieron hasta 1868 sin que se entendieran contradictorios con la nueva justicia que se supone debía proporcionar el Estado ¿liberal?, el cual, sin embargo, defendía la unidad de Códigos en todos sus textos constitucionales, incluido el de 1845 (art. 4). Expresado de otra manera: los cuerpos legislativos legislaban poco, siendo los ministros los que reglamentaban mucho; el *empleado público,* jueces y magistrados incluidos, no había cambiado de estatuto a pesar de múltiples depuraciones, careciendo por completo de la independencia que procede de la inamovilidad, la Administración no era tal, sino una suma de administraciones defensoras de sus prerrogativas jurisdiccionales y, finalmente, la antigua estructura corporativa municipal devino, sin más, caciquil, a lo que hay que sumar que el lenguaje administrativo que venía apuntando con fuerza desde por lo menos 1833 ocultaba la inhibición de los aparatos centrales en la gestión cotidiana, esto es, eminentemente municipal, de las políticas estatales.

Dado el contexto, no debe resultarnos extraño que los órganos trasplantados produjeran una serie de rechazos, con independencia de que desde un principio se trataran de ajustar a las características del destinatario. En un interesante estudio, Fernández Torres ha demostrado que la contradicción más relevante a la que dio lugar la instalación de la maquinaria de la justicia administrativa fue la que se produjo en el mismo seno de la administración entre activa y contenciosa, y no la que se supone enfrentaba a esta última con la justicia. Lo cierto es que no podía ser de otra manera, por cuanto que el mantenimiento de la pluralidad jurisdiccional imprimía a la justicia administrativa un carácter de —nuevo pero simple— fuero a añadir a los ya existentes, a lo que hay que sumar que entre los *demandantes* de la nueva justicia se encontraban, cómo no, las corporaciones como principales sujetos por encima de los individuales. Así las cosas, no resulta de extrañar que a diferencia de lo sucedido con el Consejo Real o de Estado, la justicia administrada por los consejos provinciales se diseñara como justicia delegada, lo que implicaba, al mismo tiempo,

que el procedimiento administrativo entablado ante los mismos fuera un derivado del procedimiento ordinario seguido ante los tribunales, esto es, un proceso declarativo de derechos y no simplemente revisor de los actos de la administración como después se llegaría a canonizar por la jurisprudencia y la doctrina. En resumen: si reducimos la importancia de la creación de la justicia administrativa al identificarla con la simple instalación de *otro* fuero, la dinámica institucional resultante se puede explicar en términos de sobra conocidos, no obstante lo cual hay dos datos cuya novedosa naturaleza nos debe hacer reflexionar, a saber: de un lado, el *orden* antiguo del binomio justicia/administración quebró, ocupando el segundo el lugar que venía ocupando el primero desde muy atrás; de otro, y en consecuencia, se entendió que la defensa de la Administración pasaba no sólo por el reconocimiento de fuero propio, sino sobre todo por negar —progresivamente— la posibilidad de que los asuntos devinieran contenciosos. Lo ajeno de todo ello explica en parte la conflictividad que creó, la cual, por cierto, comenzó a tratarse como una patología a la que sólo la gubernamentalización de los contenciosos podía poner freno, lo que degeneraría en indefensión generalizada a la que los defensores del sistema ofrecerían un remedio muy particular por cuanto, como vimos, en Francia se entendió como resultado del mal funcionamiento de la justicia administrativa: *el recurso a las Cortes mediando exigencia de responsabilidad de los ministros.*[25]

En otro orden de cosas, que devino a la postre secundario cuando en principio debía ser el fundamental, la conflictividad entre los órganos de justicia y de administración también resultó ser alta; según el propio Consejo de Estado, de 1845 a 1868 tuvo que resolver más de mil conflictos de competencias, a lo que habría que sumar las innumerables *autorizaciones para juzgar a los empleados públicos*, versión española de la instrumentación del art. 75 napoleónico, que no se expresaron en términos conflictuales. El más ligero seguimiento de los primeros nos demuestra que en términos generales pueden identificarse con las segundas, lo que traducido viene a decir que la delimitación en última instancia de los ámbitos de la justicia y de la administración no sólo se realizó mediando jurisprudencia y no apriorismos temáticos, sino que aquélla se empleó fundamentalmente en aclarar cuál era la instancia competente para *juzgar* no tanto a la administración cuanto que a *las personas de los administradores:* la lógica, en definitiva, seguía siendo también aquí *la del aforamiento de*

[25] *Vid. supra*, p. 319.

sujetos, que no del de asuntos, la cual tuvo no obstante consecuencias *tematizadoras* respecto de la determinación de los ámbitos correspondientes a la justicia y a la administración, la cual determinó a su vez una específica lectura del principio de separación de poderes.

Que lo anterior no es invención de quien escribe sino percepción de la época nos lo demuestra el propio Consejo de Estado, quien en 1870, y una vez desposeído de sus anteriores competencias jurisdiccionales, pretendió elevar la doctrina elaborada desde 1845 respecto de los conflictos de jurisdicción ante el mismo llevados a norma *aclaratoria* respecto de las fronteras que separaban los ámbitos de la justicia y de la administración, y, por lo tanto, de los mismos poderes. En contestación a una consulta realizada por la Presidencia del Gobierno en 1868, el Consejo afirmó:

> Las disposiciones que han de regular estos conflictos son el desarrollo de un principio constitucional, de un dogma de derecho público universal, cual es la división de poderes [...] la materia de los conflictos es de las más delicadas que ocupan á los publicistas [...] porque en ella se libra principalmente la independencia de los poderes, el órden constitucional, que es la garantía primordial de la libertad de acción de cada uno de los ciudadanos [...] definir los límites que separan á la Administración de la autoridad judicial es siempre tarea grave; *pero si en principios generales y de doctrina es cosa hecha, merced a veinte y tres años de estudio y jurisprudencia sentada en España* [...] en su aplicación a cada caso particular constantemente ofrece y ofrecerá serias dificultades [...] Es, pues, necesario *formar un cuerpo de derecho en que se condensen y presenten reunidos los principios sancionados en la practica y las reglas admitidas sobre el modo de proceder en los conflictos de jurisdicción* [...] y esto es lo que se propone hoy el Consejo, porque es lo que juzga más acertado para cumplir el encargo que le confia la ley de su organización y desempeñar la consulta que V. E. se sirve hacerle[26] (las cursivas son mías).

El constitucionalismo democrático puso fin al remedo de experiencia napoleónica que fue la primera instalación de la justicia administrativa en España. No obstante lo cual el discurso que venía elaborándose desde 1845 había calado con fuerza en el terreno de consolidación de los principios. Apoyado en un dispositivo antiguo, el de la pluralidad de fueros, había conseguido monopolizar la delimitación de lo que se empezó a considerar como ámbitos *naturales*

[26] Archivo del Consejo de Estado, Madrid, leg. G-226, exp. 41941. Agradezco a M. J. Solla la referencia.

de la justicia y la administración. Así las cosas, y tras el fortalecimiento progresivo del aparato estatal, que pasó sobre todo por una reforma —casi constitutiva— de la justicia en 1870, se pudo, en primer lugar, reinstalar la jurisdicción administrativa y, en segundo, debatir la necesaria judicialización de los contenciosos de la administración.

5. RECAPITULACIÓN

Lo que se creó en la España de 1845 fue un fuero más, llevando al paroxismo la lógica institucional que había dominado el ocaso del Antiguo Régimen. Vistas así las cosas, no resulta extraño que las discusiones francesas no se trasladasen aquí, con independencia de que los primeros administrativistas importasen reflexiones supuestamente doctrinales que sin embargo tuvieron un origen y contenido político, eso sí, troceándolas y descontextualizándolas por completo, lo que por cierto dejará una importante huella en el discurso administrativo español. Ahora bien, lo cierto es que el moderantismo, antes y después de su rotunda victoria de 1845, consiguió transformar el aire de justicia del que hablara Hespanha por un aire de administración que impregnó también la propia de la justicia ordinaria, siendo así que, a nuestro juicio, si hay una cosa que ha caracterizado al constitucionalismo español ha sido la falta de una reflexión autónoma respecto del capítulo justicia, con lo que esto lleva consigo en el terreno de la comprensión y diseño de las garantías de los derechos. Repárese en que no estamos afirmando que haya un solo modelo de justicia constitucional, identificándolo con el letrado inamovible sometido a la ley, sino que otros fueron los temas prioritarios en el debate constitucional español hasta el punto de que incluso la recuperación del tracto constitucional en 1978 asumió dos, y sólo dos, elementos preconstituidos: la Monarquía y la Justicia.

Esta cuestión, no obstante, tenía precedentes bien conocidos. Los límites impuestos por la que Clavero denomina *administración constituida* al debate constitucional abierto en 1868 han sido minuciosamente puestos de relieve por C. Serván, en una obra que resulta de obligatorio manejo para conocer la —mala— suerte de los derechos en el ochocientos español. No obstante, el fracaso de las expectativas abiertas por la Gloriosa no nos debe ocultar que sólo a partir de entonces se establecieron unas bases estatales, mínimamente consensuadas en el terreno político, que actuaron de marco propicio para debatir

la judicialización de los contenciosos de la administración, no obstante lo cual los lastres procedentes del pasado pesaron y no poco: como algunos advierten hoy, sólo en términos históricos, que no principiales, pueden explicarse algunas desorbitadas competencias de la Administración española que no tienen —porque no tuvieron— parangón ni siquiera en el sistema francés.

Con todas las distancias que se quieran identificar, algo parecido sucedió al otro lado del Atlántico. Una importante historiografía nos viene hablando de ciudades y provincias rioplatenses, corporaciones novohispanas, cuerpos intermedios guatemaltecos o ecuatorianos... en definitiva, de poca estructura estatal y mucho tejido corporativo muchos años después de la crisis del Imperio, por lo que no resulta de extrañar que experimentos como el francés napoleónico tuviesen poca suerte en tierras americanas. Esto no quiere decir que en ellas se instalara el primado de la unidad jurisdiccional atenta a garantizar los derechos recogidos en los diferentes textos constitucionales; es más, no creemos que sea exagerado afirmar que el deficiente capítulo de la justicia española resulta comparable con las diversas versiones hispanoamericanas.

Ahora bien, los lastres españoles a los que nos hemos referido no tienen una exacta traducción americana. En la mayoría de los nuevos Estados los defensores de una jurisdicción administrativa similar a la napoleónica, o de su versión española, fracasaron en toda regla: la propuesta del mexicano T. Lares se estrelló contra el sistema constitucional de 1857, reforzado con la reglamentación del amparo de 1869,[27] y la del argentino Bielsa no superó su condición de extravagante y un tanto forzada ocurrencia doctrinal formulada en el avanzado año de 1936,[28] porque, como afirmara otro jurista rioplatense, "nunca se ha percibido estímulo en el ambiente argentino, ni tendencia alguna de singular importancia, para crear una jurisdicción distinta a la judicial al objeto de enjuiciar los juicios de la Administración pública".[29] Una vez sentado el principio, otra cosa bien distinta será historiar su efectividad, lo que desde luego queda muy lejos de las posibilidades de las presentes páginas, las cuales sólo han pretendido recordar que la judicialización de los contenciosos de la Administración española obrada desde 1888, o más concretamente, desde 1903, supuso, como

[27] Lira, "Orden", 2004, pp 203.

[28] Bielsa, "Desarrollo", 1836. (Discurso académico pronunciado por el autor al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales).

[29] Méndez, "Jurisdicción", 1943, t. XIV, p. 151.

también diría Méndez Calzada, "que después de muchos años de rumbos distintos, las dos naciones hermanas volvían a encontrarse en un mismo —y jurisdiccional— camino".[30]

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La historia del principio de separación de poderes, así como la correspondiente a la Administración o, más en concreto, de la jurisdicción de esta última, es inabarcable; por ello, aquí sólo se aludirá a las obras que han orientado o se han citado en las presentes páginas. Las referencias a quienes han puesto de relieve la presunción de existencia previa de los poderes respecto de su división proceden de una obra antigua (Vile, 1967) y de una muy reciente (Clavero, 2007b), aun cuando esta última se sitúa o, mejor, abre un terreno inusual por completo. Aun cuando no se ha hecho referencia expresa en el texto, a nuestro juicio sigue ofreciendo interés la obra de Troper (1973), sobre todo porque en cierto sentido tiene el valor de lejano precedente de la excelente, y en este caso reciente, reflexión del mismo autor (2006), a lo largo de la cual ofrece un tan inteligente como novedoso tratamiento de la arquitectura constitucional del texto de 1795.

En esencia, la presente reflexión es deudora de la obra de Mannori/Sordi (2003) que ofrece una síntesis magníficamente trabada de la producción anterior de ambos autores, y de la de Bigot (2002), en parte basada en una minuciosa investigación previa (1999). Todos estos autores argumentan contra la existencia de un derecho administrativo bajo el Antiguo Régimen, cuyo principal defensor ha sostenido lo contrario en una serie de importantes trabajos entre los que destaca una ya antigua obra de síntesis (Mestre, 1985); en una línea similar, aunque más contenida, se sitúa el manual de Burdeau (1995), volcado no obstante en el estudio del derecho administrativo desde la revolución hasta 1970, a lo que puede añadirse un estudio reciente, y documentado, que incide sobre la existencia de los contenciosos administrativos antes de la revolución francesa (Évrard, 2005). Pero, en definitiva, y como quiera que la confrontación historiográfica sobre los orígenes viene dando mucho de qué hablar, cabe remitir, sin más, a un buen artículo que da cuenta de los más relevantes presupuestos de aquélla: Soleil (2006).

[30] *Ibid.*, p. 154.

Por lo que compete a la historia del paradigma jurisdiccional, o, en otros términos, de los avatares del gobierno de la justicia antes y después de la crisis de la Monarquía católica, nos remitimos a lo ya realizado en una ocasión similar a la presente por el grupo Hicoes (2007), que a su vez es un compendio de la historiografía jurídica crítica, se han extraído los principales caracteres del mencionado paradigma jurisdiccional. No obstante, en el texto hay referencias explícitas a la obra de Hespanha (1993) y la cita expresa es de Garriga (2004). En otro orden de cosas, las reflexiones sobre la vitalidad de los Parlamentos franceses se extraen de la espléndidas obras de Payen (1997, 1999), así como de la clásica de Olivier-Martin (1997). La cita expresa de Antoine procede de un tan sintético como sugerente artículo (1987), y sobre la historia de la justicia en Francia resulta de utilidad la obra de Royer (1995).

Con respecto a la historia de la justicia administrativa francesa puede consultarse la clásica obra de Godechot (1985), pero la problemática que aquí ha interesado procede de las obras ya citadas de Bigot y de dos monografías de factura desigual: Olivier-Martin (1941) y la esplendida de Bouvet (2001), así como con la sugestiva reflexión colectiva recogida en las actas de las jornadas de estudios sobre la historia de la justicia administrativa dirigidas por Bigot y Bouvet (2006). Un análisis —en exceso político— del Consejo de Estado nacido de la Constitución de Bayona se puede encontrar en Abeberry (2001), pero una verdadera historia de la versión *josefina* de la justicia napoleónica sólo se sigue en la obra de Muñoz de Bustillo (1991), así como en el capítulo de su autoría recogido en la obra ya citada *De justicia de jueces a justicia de leyes.*

En la otra banda, la gaditana, la historia de la justicia ha sido minuciosamente analizada por Martínez (1999), quien también ha tratado del Consejo de Estado doceañista en un artículo en curso de publicación del que procede la referencia expresa contenida en el texto. El análisis de los recursos de responsabilidad por infracciones a la Constitución proviene de una primera investigación —Lorente (1988)— que está presente a lo largo de muchas de las páginas de una posterior obra conjunta, Garriga, Lorente (2007), en la que se diseña una particular visión de la obra constitucional gaditana en términos jurisdiccionales cuya proyección a América creemos encaja con la panorámica corporativa de largo recorrido que viene siendo diseñada por una abundante historiografía entre la que destacaremos el análisis de Lempérière sobre la ciudad de México (2004), el clarificador estudio de Chiaramonte (1996) y el minucioso de Morelli (2006) sobre las transformaciones del espacio ecuatoriano, así como

las siguientes, y fundamentales, obras colectivas: Annino, Guerra (2003); Annino (1995b), Guerra, Lempérière (1998); Bellingeri (2000).

Finalmente, también la historiografía sobre la Administración y del derecho administrativo español es —casi— infinita. La cita de García de Enterría (1972) proviene de un texto que tiene ya muchos años, pero este autor ha confirmado muchos de sus planteamientos en una exitosa obra posterior (García de Enterría, 1992). Aun cuando no compartimos todos los planteamientos sobre los que se apoya, la mejor guía de la historia de la Administración española entre 1833 y 1845 es la obra de Nieto (1996). La historia de la creación de la jurisdicción administrativa ha dado lugar a un conocido debate entre administrativistas, el cual está resumido, y en parte superado, por la obra a la que se ha hecho referencia en este texto —Fernández Torres (1998)—. La cita de Lira proviene de un sugestivo artículo (2004) y la sugerencia sobre los recursos de fuerza y protección en Chile de Barrientos (1997). La valoración sobre el estado del orden normativo decimonónico es resumen de una investigación previa: Lorente (2001), y la cita de Serván procede de su monografía (2005).

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Berenguer, M., *De la Justice criminelle en France d'après les Lois permanentes, les lois d'excepcion et les doctrines des tribunaux,* Paris, 1818.

Bielsa, R., "El desarrollo institucional del Derecho administrativo y la jurisdicción contenciosa", discurso académico pronunciado por el autor al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en *Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional,* núm. 13, septiembre-octubre de 1836.

Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, Cádiz, Imprenta Real, 1811.

Cormenin, Louis Marie de la Haye, *De la responsabilité des agents du gouvernement, et des garanties des citoyens contre les décisions de l'autorité administrative*, Paris, 1819.

Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, Madrid, Imprenta de J. A. García, 2a. ed, 1867-1877, Legislatura (1810/1813)-Legislatura (1836-17-oct/1837-4-nov.).

Dicey, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (utilizamos la novena edición de esta obra, aumentada con una introducción y apéndice de E.C. Wade, Londres 1945. La primera edición se publicó en 1885).

Diccionario de autoridades, Real Academia Española, Madrid, Gredos, 1969 (edición facsimilar de la edición de Madrid, Imprenta de Francisco del Hierro, 1726-1737).

Diccionario de la Lengua Castellana, (Diccionario de Autoridades), Real Academia Española, Madrid, Gredos, 1969 (edición facsimilar de la edición de Madrid, Imprenta de Francisco del Hierro, 1726-1739).

Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789,* 1893.

Duverger de Hauranne, M., *De l'ordre légal en France et des abus d'autorité,* Paris, 1828.

Fernández Sarasola, Ignacio, "Opinión pública y libertad de expresión en el constitucionalismo español (1826-1845)", en *Historia Constitucional*, 7 (rev. electrónica), 2006.

Foronda, Valentín de, *Cartas sobre la policía,* Madrid, 1801.

García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea,* Madrid, Taurus, 1972.

Gómez de la Serna, P., "Supresión de la jurisdicción contenciosa-administrativa", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1868, en Fernández Torres, J.R, *Historia legal de la jurisdicción contenciosa-administrativa,* Madrid, 2007.

Justi, Johann Heinrich Gottlob von, *Elementos generales de policía. Escritos por el señor Juan Henrique Gottlobs de Justi* [...]. *Y del idioma francés traducidos al español, con varias noticias conducentes a España, añadidas por el mismo traductor D. Antonio Francisco Puig y Gelabert* [...], Barcelona, Eulalia Piferrer, 1784.

La Diputación Provincial de Yucatán, Actas de Sesiones (1813-1814, 1820-1821), estudio introductorio de María Cecilia Zulueta, México, 2006.

Lanjunais, *Du Conseil d'État et de sa compétence sur les droits politiques des citoyens ou Examen de l'article 6 de la Loi sur les élections du 5 Février 1817*, Paris, 1817.

Lemercier, P. P., *Du système administratif en France*, Paris, 1819.

Lira, Andrés, "Orden público y jurisdicción en el siglo XIX. El contencioso administrativo español visto desde el constitucionalismo mexicano", en *Istor*, núm. 16, 2004, pp. 195-206.

Méndez Calzada, L., "La jurisdicción fiscal y el contencioso-fiscal", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata*, 1943, t. XIV.

Schiera, Pierangelo, "A policia como síntese de ordem e de bem-estar no moderno Estado centralizado", en António M. Hespanha (ed.), *Poder e instituiçoes na Europa do Antigo Regime*, Lisboa, 1984, pp. 307-319.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, 1980, t. I.

Siglas

ACD, Archivo del Congreso de los Diputados (Madrid).

ACE, Archivo del Consejo de Estado (Madrid).

DEL "MINISTERIO DE PAPELES" AL "PROCEDIMIENTO"

Margarita Gómez Gómez
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Valor y uso de la escritura y el documento en el Antiguo y Nuevo Régimen. La cultura escrita constitucional. 3. Igualdad del ciudadano y unidad documental: el expediente administrativo. 4. De "cautelas reservadas" a "garantías públicas": usos y prácticas documentales. 4.1. El extracto general del expediente. 4.2. Las firmas y rúbricas responsables. 4.3. La conservación de las minutas. 4.4. El registro de entrada y salida. 5. Recapitulación.– Orientación bibliográfica. Fuentes y bibliografía citada.

1. PLANTEAMIENTO

Como historiadora especialista en la historia del documento y la escritura, formada en y dedicada a la Paleografía y la Diplomática, me corresponde en este curso analizar el papel jugado por el texto escrito en las transformaciones llevadas a cabo en el paso del Antiguo al Nuevo Régimen, y, al mismo tiempo, intentar determinar los cambios que el nuevo orden constitucional impuso al rol que hasta entonces la escritura y el documento habían tenido en el gobierno y en la administración de la época.

Nadie cuestiona el protagonismo del documento escrito en la constitución de las formaciones políticas y su organización a lo largo de la historia. Su simple valor utilitario, de información y de prueba, justifica por sí mismo el esfuerzo que los poderes en general han invertido por imponer y preservar un orden basado en el documento escrito a través del cual organizar su territorio y fundamentar su soberanía. Mi intervención trata de reflexionar acerca de estas cuestiones, de valorar el papel otorgado a la escritura y el documento por el

pensamiento liberal y reconocer, en su caso, el nacimiento de una renovada cultura escrita constitucional, suma de antiguos y nuevos valores.

Para ello, voy a centrarme en el examen de las prácticas documentales gestadas y generadas en las principales instituciones y oficinas de la Monarquía hispana. Un hilo conductor que me va a permitir reconocer tanto herencias como novedades en el paso del Antiguo al Nuevo Régimen, un reflejo fiel de los principios que inspiraron el cúmulo de reformas llevadas a cabo en el modo de entender el gobierno y la administración a lo largo del siglo xix.

Al conjunto de los usos y prácticas documentales propias del Antiguo Régimen, discrecionales y arbitrarias, cambiantes y circunstanciales, las he llamado, valiéndome de una expresión de la época, el "ministerio de papeles", un saber, un arte, transmitido de oficina en oficina, de generación en generación, en el que se fundamentó hasta extremos quizá insospechables el nuevo y constitucional "procedimiento" administrativo, base y fundamento, a su vez, de la responsabilidad ministerial y de los principales derechos y libertades de los ciudadanos.

Cómo se llevó a cabo esta transformación, es en gran medida el objeto final de este estudio, que he sistematizado en tres apartados diferentes: en primer lugar, el valor y el uso otorgado a, o creado por, la escritura y el documento en el Antiguo y el Nuevo Régimen; en segundo lugar, el nacimiento y consolidación del expediente administrativo como traducción fiel de los nuevos principios de la administración liberal y, en tercer lugar, los instrumentos y herramientas fundamentales de las prácticas documentales que sirvieron de base al procedimiento administrativo puesto en marcha por el Estado constitucional a lo largo del siglo xix.

2. VALOR Y USO DE LA ESCRITURA Y EL DOCUMENTO EN EL ANTIGUO Y NUEVO RÉGIMEN. LA CULTURA ESCRITA CONSTITUCIONAL

Como se ha comentado anteriormente, la escritura y el documento han sido instrumentos tradicionalmente vinculados al ejercicio del poder y al orden constituido. Necesarios por su evidente valor informativo, los documentos han estado siempre presentes en el desarrollo de sociedades complejas a lo largo de la historia. El uso de la escritura y el documento como estrategia de legitimación, como instrumento de gobierno y como vehículo de decisiones más o menos autoritarias, no es nada nuevo en la época que se estudia, y en mayor o

menor medida, según las necesidades de cada época, fueron mecanismos desarrollados desde los orígenes por las clases dirigentes como fuente de poder. A lo largo de la historia, el documento escrito no sólo ha sido un instrumento de la autoridad y un medio de hacer cumplir sus decisiones, sino también un arma utilizada para defender privilegios frente a otros y fortalecer el poder y jurisdicción suprema. De este modo, se fue diseñando todo un aparato de engrandecimiento representativo e institucional que, valiéndose de la escritura, permitió la formación de grandes imperios y su perpetuación.

No cabe duda que la Monarquía hispana hizo uso de la escritura y el documento, tanto desde un mero punto de vista instrumental como representativo. El modo de entender su uso durante el Antiguo Régimen, los pilares donde fundamentaba su representatividad, hay que buscarlos en textos y escritos diversos, sagrados y jurídicos que conformaron la memoria escrita del monarca, el fundamento de su justicia, de su conciencia y la base de su autoridad. Con la caída del Antiguo Régimen, este orden constituido y su memoria escrita se vieron alterados profundamente. Contaminada por los principios de igualdad, tolerancia y libertad individual, la escritura verá nacer en su seno un nuevo valor que se sumará a los tradicionales que hasta entonces había gozado. Se trata de lo que he venido en llamar valor constitucional, cuya máxima expresión se constata en la propia exigencia de una constitución escrita, publicada y conocida por todos, como base y fundamento del funcionamiento del Estado y de la sociedad que sustenta, en general. Esta modificación resulta de gran importancia para comprender otros muchos cambios, más sutiles, que se irán operando a lo largo del tiempo y que, en buena parte, constituyen la base de nuestra actual cultura escrita occidental.

Considerando el constitucionalismo, como lo hace B. Clavero, no sólo un sistema político, sino también una cultura jurídica, "una cultura —y cito textualmente— en tres dimensiones: la jurídica de libertades, la judicial de garantías y la política de mandatos, responsabilidades y controles",[1] no resulta extraño que, inmersa en los valores de derechos y garantías, se configure una también nueva cultura de lo escrito, unos nuevos principios que modificaron las funciones hasta entonces desempeñadas por la escritura y el documento

[1] Clavero, "Presentación", 1998, p. 11, sigue diciendo: "una cultura y así un sistema de libertad antes que de poder, de garantía antes que de institución, de autonomía antes que de agrupación y de subjetividad y privacidad antes que de pautas de comportamiento y requerimientos de participación".

escrito en sociedad. Su desarrollo, sin embargo, requirió una serie de presupuestos de carácter ideológico o político, en definitiva, un conjunto de creencias que permitieran concebir la escritura y el documento como defensa de la propia cultura constitucional en la que se asentaba.

El nacimiento de esta nueva cultura escrita constitucional se fundamenta, en gran medida, en las nuevas expectativas que la sociedad de la época depositó en la escritura y el papel que hasta entonces había desempeñado. Para los dirigentes, para el liberalismo, la expresión escrita, tanto de las decisiones y deliberaciones del gobierno como del sentir ciudadano resultaba la panacea, el ingrediente indispensable para el adecuado desarrollo y consolidación de los gobiernos representativos. El gobierno se alimentaba de la opinión ciudadana, que de una u otra forma, a través de peticiones particulares o mediante la prensa periódica, hacía llegar por escrito al gobierno sus inquietudes y sentimientos. Al mismo tiempo, los ciudadanos formaban su espíritu y sus inquietudes políticas gracias a la publicación escrita de las decisiones y debates de los principales órganos políticos. De este modo, gobierno representativo y ciudadanía se equilibraban mutuamente, llegando a constituir un solo cuerpo, la nación, alimentado de forma constante por la escritura.[2]

Esta mentalidad explica, entre otras muchas cosas, la especial preocupación sentida por los gobiernos liberales hacia cuatro aspectos que pueden considerarse requisitos fundamentales para el desarrollo de la nueva cultura escrita constitucional. Estos cuatro aspectos son: la instrucción pública, la libertad de imprenta, el derecho de petición y, por último, la publicación de resoluciones y decisiones del gobierno.

La instrucción pública fue una de las preocupaciones más sentidas y defendidas por los gobiernos liberales. Ya las Cortes de Cádiz se preocuparon por esta cuestión (cap. II, tít. IX), es más, cifraron la calidad de ciudadano en la capacidad lectora y escritora de los hombres, marcando el año 1830 como límite para que la gente se adaptara a las nuevas exigencias políticas y culturales (cap. IV, art. 25). El motivo de este interés es de sobra conocido: nutriéndose la nación de la opinión ciudadana, eligiendo ésta a sus representantes, siendo el gobierno

[2] José Amador de los Ríos expresa la importancia de este equilibrio y relación: "Con la difusión de las luces, con la imprenta, los diarios y la publicidad completa de la Administración, pueden los servidores del Estado entrar en una dependencia de la nación tan absoluta, aún cuando cubra ésta un espacio inmenso, como en América por ejemplo, cual lo estaban antiguamente del pueblo de Atenas." Traducción de la obra de Sismondi, *Estudios*, 1843, p. 219.

una representación del pueblo y ejecutando su voluntad, debe exigirse cierta formación a las personas, a las ciudadanos, para que el alimento que llega a la cabeza de la nación sea de calidad. A pesar de esta importancia, la instrucción pública fue omitida en las constituciones de 1837 y 1845, para volver a incluirse en las de 1869 (tít. I, art. 24) y 1876 (tít. I, art. 12).[3]

Se inicia así un debate político de gran trascendencia que tendrá su correlato en la defensa u oposición respecto a otro alimento del pensamiento liberal y de la cultura escrita constitucional, la libertad de imprenta, un derecho que entrañaba grandes riesgos para la estabilidad gubernamental, pero que fue defendido, al menos en teoría, por todas las constituciones del siglo XIX.[4] La libertad de imprenta se identificaba en todo caso con libertad de prensa periódica y libertad de expresión, un aspecto de gran significación que alteró la relación que hasta entonces la sociedad en general había mantenido con el texto escrito, generándose nuevas formas de leer, de pensar y también de opinar. La libertad de imprenta permitía la expresión de los sentimientos y necesidades de los ciudadanos, lo que se consideraba necesario para acertar en el gobierno y equilibrar las disposiciones.[5]

Igual fin perseguía el derecho ciudadano de petición, también garantizado en todas las constituciones liberales.[6] El derecho de petición, con la excepción de los militares, aseguraba el contacto entre los ciudadanos y sus dirigentes, vinculándose claramente a la función ejercida por la libertad de imprenta como lo hace Manuel Colmeiro.[7] Con ello las instituciones y la administración

[3] Se debe tener presente la importancia que en la época tuvieron diversos reglamentos, planes de estudio y leyes, como la Moyano de 1857, que cambiaron profundamente las condiciones de escolarización y alfabetización en España. La legislación más importante expedida en el siglo XIX sobre instrucción pública ha sido recogida por Fernández, *Políticas*, 2001, pp. 83-114.

[4] La Constitución de 1812 la defiende en su art. 131 y en el 371, dentro del título IX dedicado a la Instrucción pública. La Constitución de 1837 en su art. 2. La de 1845, en igual artículo. La Constitución de 1869 le dedica el art. 17, y el 13 la de 1876.

[5] Ya lo expresaba el decreto de 10 de noviembre de 1810 expedido en Cádiz en este sentido, la primera defensa oficial a la libertad de expresión pronunciada en España, luego traspasada a la Constitución del 12.

[6] En la Constitución de Cádiz, aunque expresado de modo diferente al estilo que se empleará en las posteriores constituciones, se defiende el derecho ciudadano a representar a las Cortes o al rey para reclamar la observancia de la Constitución en su art. 373. La Constitución de 1837 ya es más explícita en su art. 3. El mismo utiliza la Constitución de 1845. La de 1869 le dedica el art. 17, 20 y 55. Por último, la Constitución de 1876 lo vincula al derecho de libertad de imprenta en su art. 13.

[7] Colmeiro, *Elementos*, 1870, pp. 212-214. En la pág. 216 trata también de la libertad de imprenta.

quedaban abiertas a las necesidades y a las sugerencias de una población cada vez más participativa del proceso conducente a la toma de decisiones por parte del Estado.

Por último, la nueva cultura escrita constitucional se define y distingue por su clara tendencia hacia la publicación de sus decisiones y, muy especialmente, por la publicidad de resoluciones y otras decisiones ministeriales que mediante el texto escrito terminarán convirtiéndose en públicas.

El conjunto de estos principios y el espíritu que los animaba van a permitir, a su vez, uno de los cambios más significativos operados durante nuestro siglo XIX en relación al uso y valor de la escritura y el documento en el Nuevo Régimen: su concepción como garantía y fundamento de los derechos ciudadanos y sus libertades. El ciudadano será, en todo caso, el protagonista, el principal actor y beneficiario de las transformaciones llevadas a cabo en la función hasta entonces desempeñada por la escritura. Este cambio de sujeto demuestra un significativo crecimiento conceptual, un gesto que fundamenta y explica otras muchas circunstancias y principios, algunos de gran influencia en el establecimiento de un procedimiento documental y administrativo coherente y responsable.

En este sentido, en relación con el ciudadano, y entrando ya en cuestiones más claramente documentales, la nueva cultura escrita constitucional va a favorecer dos procesos fundamentales que, iniciados a comienzos del siglo XIX madurarán a fines de siglo con la ley de bases del procedimiento administrativo de 1889.

En primer lugar, las instituciones tienden a validar públicamente no ya documentos en sí mismos, sino el método, el procedimiento, utilizado para decidir su contenido y expedirlo bajo unas formas determinadas. De este modo, se validan y reconocen cada uno de los pasos administrativos y decisiones adoptados en el interior de las oficinas.

En segundo lugar, se lleva a cabo un interesante proceso de abstracción y normalización de prácticas antiguas, costumbres documentales puestas por escrito y publicadas en reglamentos que anuncian y con ello dan a conocer lo que hasta entonces nunca había salido de las oficinas, de las instituciones, como medio de asegurar la propia autoridad. De este modo, los valores anunciados desarrollarán una serie de principios colaterales de gran trascendencia institucional y claro reflejo documental.

3. IGUALDAD DEL CIUDADANO Y UNIDAD DOCUMENTAL: EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Tanto el reconocimiento y validación de los trámites internos en las instituciones, como la normalización de los trabajos llevados a cabo por los empleados públicos, favorecieron el desarrollo de uno de los fundamentos más significativos de la cultura constitucional. Me refiero a la responsabilidad ministerial, máxima empleada por los constitucionalistas gaditanos para, como han demostrado Marta Lorente y Carlos Garriga, someter el aparato institucional heredado del pasado y configurarlo como instrumento de libertad.

Esta búsqueda de la responsabilidad ministerial debe ponerse en relación con el principio de igualdad del ciudadano y éste, a su vez, con el ideal de uniformidad y normalización, algo propio y diferenciador del cambio político e ideológico constitucional que, como se verá, tendrá también sus consecuencias en el plano meramente documental.

Se debe tener en cuenta que la responsabilidad ministerial va a ser exigida ante la mayor o menor constitucionalidad de las resoluciones y órdenes que se ejecutan, pero también sobre el mismo procedimiento llevado a cabo en su adopción y cumplimiento, un proceso que implicará a todas las escalas de empleados públicos, que de esta forma pasarán a rendir cuentas de su actuación, no sólo ante sus superiores, sino también ante el ciudadano y la sociedad en general. Todos estos logros se fueron alcanzando a la par que se configuraba el ideal de transparencia administrativa, una exigencia creciente que requería, que implicaba, la imposición de un cierto orden en la administración, un ritmo marcado al trabajo de las instituciones, al antiguo "ministerio de papeles", que lo hiciera no ya eficaz, sino fiable para la sociedad en general.

La consecuencia inmediata de este espíritu fue, por un lado, la consolidación de los expedientes administrativos, es decir, el conjunto unitario de papeles recibidos y producidos por una institución en el ejercicio de sus funciones para resolver un negocio determinado, y, por otro, la reglamentación pública de todo el trabajo, de toda la práctica documental llevada a cabo en los ministerios y en otras instituciones del Estado.

La normalización de los expedientes administrativos en la España liberal responde a los principios de igualdad y responsabilidad ministerial que he venido comentando. El expediente se concibe como el testimonio medible y enseñable de la actuación administrativa, de hecho se podría definir como la

materialización escrita, el trasunto documental del concepto de responsabilidad ministerial y sus consecuencias.

Se debe tener presente, en todo caso, que los expedientes nacen en la época moderna, durante la Monarquía de los Austrias, como forma de facilitar la resolución de los negocios y como garantía de la actuación y el proceder de las instituciones en el servicio al monarca. De hecho, su nacimiento y desarrollo puede considerarse uno de los logros más significativos de la práctica documental propia del Antiguo Régimen, en una palabra, del arbitrario y parcial "ministerio de papeles". Por supuesto, no se trataba de expedientes regulados y normalizados en todas sus partes y elementos, sin embargo, podría sorprender hasta qué punto comparten elementos y caracteres con los gestados ahora en el siglo xix.

En su origen la palabra expediente nada tuvo que ver con los papeles. Según su etimología la palabra expediente procede del latín "expediens", "expedientis", que significa soltar, dar curso, convenir. Durante los siglos xiv y xv la voz "expediente" fue utilizada sobre todo como adjetivo, sinónimo de conveniente, de hacer lo acertado o adoptar una medida oportuna en cualquier circunstancia y para cualquier finalidad. De este modo, ser algo "expediente", o realizar alguna cosa "con expediente", se identificaba con algo bueno y provechoso. Vinculado con la acción de gobierno y con la toma de decisiones, el "buen expediente" era sinónimo del buen ejercicio de la autoridad y equiparable al buen curso de los negocios. Más tardía fue, sin embargo, la definición de la voz "expediente" como "el conjunto de todos los papeles correspondientes a un asunto o negocio" determinado. Esta acepción, quizá la más vulgar entre nosotros, no fue incluida en el *Diccionario* de la Real Academia hasta el año 1803,[8] sin embargo, la idea de que mantener unidos los papeles recibidos y producidos por una institución para resolver un negocio, era "expediente", o sea, resultaba conveniente, beneficiosa, para su acertado y pronto despacho, se observa en gran cantidad de textos y documentos propios del siglo xviii.

En realidad, los expedientes, cuya nota fundamental va a ser la conservación unitaria de todos los documentos implicados en la resolución de un asunto determinado, nacen en oficinas y secretarías simples, como aquellas que ya en

[8] En el Suplemento al *Diccionario de la Lengua Castellana compuesto por la Real Academia de la Lengua* en 1803, aparece definido como "el conjunto de todos los papeles correspondientes a un asunto o negocio".

tiempos de Felipe II auxiliaban al monarca en la toma de resoluciones, o más claramente, en las secretarías de Estado y del Despacho potenciadas con los Borbones, donde el sistema personal y el modo centralizado de tomar las decisiones aseguraba el mantenimiento conjunto y vinculado de los documentos. En instituciones más complejas como los Consejos, los documentos tienden a dispersarse o a dividirse, al menos, en dos partes diferentes, la correspondiente al conjunto de actuaciones que llevarán a la adopción de una resolución determinada y la correspondiente a la comunicación de dicha resolución a las partes o instituciones implicadas mediante la expedición de los documentos que fueran necesarios. Con todo, a lo largo de la segunda mitad del siglo XVIII, sin duda por influencia directa del modo de trabajar de las secretarías del Despacho, el sistema de expedientes orgánicos y vinculados se impuso, con sus variantes, también a estos órganos colegiados.

Los expedientes, eso sí, nacieron para amparar el trabajo del oficial de la pluma, del ministro de papeles. No justifican la buena o mala resolución de los negocios desde el punto de vista de su contenido, sino su acertada tramitación y comunicación mediante la expedición y registro de un documento en cuestión. Es por tanto un instrumento que nace por y para auxiliar el trabajo material de los secretarios y sus oficiales a cuya actuación amparan. Su nacimiento es consecuencia de la madurez alcanzada en la práctica documental de las instituciones del Antiguo Régimen y su conservación, permite hoy poder conocer con detalle los usos y trámites, el modo de trabajo interno de las oficinas de la Monarquía.

En todo caso, el verdadero expediente requiere no sólo la simple unión física de los papeles de un mismo tema o asunto, sino también su mutua vinculación, justificando, de alguna manera, su presencia o, por contra, ausencia en el mismo. Para ello se utilizaron palabras, marcas y signos que evidencian su curso administrativo y refrendan el procedimiento seguido en su resolución. De esta forma, la unidad documental, la unión y ligazón de los papeles servía no sólo para agilizar la resolución de los negocios, sino también para dotar de cierto grado de fehaciencia al procedimiento utilizado en la adopción de decisiones y su posterior comunicación a las partes interesadas. La llamada nota de cumplimiento es una buena prueba de lo que estoy comentando. Una simple abreviatura de la palabra fecho —*fho.*— expresada tras una resolución, nos indica que fue hecha pública mediante la expedición del documento que la desarrollaba. Dos rayas oblicuas en el margen de un documento, que se optó

por el silencio administrativo. Un aspa al final de una minuta, que su texto había sido corregido y visado convenientemente. La necesidad de conservar la resolución y los borradores de los documentos expedidos, son prácticas que muestran el interés por conservar testimonio del proceder documental.

Los expedientes, pues, pueden considerarse hijos naturales del "ministerio de papeles" y adoptivos del "procedimiento" contemporáneo. Nacieron con la finalidad de conservar testimonio de la actuación llevada a cabo por las secretarías en la resolución de los negocios, como garantía y justificante de la actuación institucional ante el monarca y el resto de instituciones que podían ser implicadas en la resolución de un negocio determinado, y terminaron garantizando derechos y libertades ciudadanas en el régimen constitucional. El Nuevo Régimen los asumió desde un principio, pero al mismo tiempo los reinterpretó para convertirlos, por un lado, en símbolos de la responsable actuación ministerial y, por otro, en instrumentos de la participación ciudadana en la administración pública. Para conseguirlo fue necesario regular sus tiempos, sus trámites y resortes y darlos a conocer a la sociedad. El proceso que llevó a esta regulación fue lento y complejo, pero en principio parece responder a cierto deseo de trasplantar algunos principios reguladores del procedimiento judicial, formal y controlado desde antiguo, al funcionamiento del conjunto de las instituciones del Estado, en definitiva al "ministerio de papeles".[9] Muy bien expresa este ideal el Real Decreto de 14 de septiembre de 1872 por el que se trata de uniformar el trabajo de los ministerios y se dan normas generales de funcionamiento administrativo: "La buena Administración antes se favorece que se perjudica con facilitar la publicidad en el expediente, la intervención de los interesados y el señalamiento de ciertas reglas generales que sean garantía de imparcialidad".[10]

De esta forma, para la administración liberal, los negocios resueltos en las instituciones públicas debían tramitarse de forma uniforme e igualitaria para

[9] M. Colmeiro, al tratar del procedimiento judicial y sus trámites, los califica como "escudo de los derechos particulares" y "formas protectoras de la libertad". Para el tratadista los trámites regulados y formales, declarados y públicos, son la base de la garantía de todos los derechos constitucionales. Estas son sus palabras: "todos los juicios tienen sus trámites y procedimientos establecidos para que sean el *escudo de los derechos particulares, y así se estiman como formas protectoras de la libertad* y propiedad de los ciudadanos". Colmeiro, *Elementos*, 1870, p. 51.

[10] *Gaceta de Madrid*, 15 de septiembre. Lo reproduce también Escriche, *Diccionario*, 1847, voz "Procedimiento".

todos, según un método racional y declarado que evitara la denostada arbitrariedad ministerial. Los negocios resueltos debían además conservarse de forma orgánica, dejando testimonio escrito y responsable de cada uno de los pasos llevados a cabo para la buena resolución del negocio en cuestión. Los asuntos, finalmente, debían mostrarse al ciudadano, en caso necesario, para testimoniar el proceso seguido y medir la responsabilidad del empleado público en cuestión.

Fue así como se consiguió la normalización de los expedientes administrativos, reglados en su existencia y contenido, incluso en su apariencia física y formal, como panacea de la reformada administración y símbolo de su actuación dentro de un orden constitucional. Presentados con una carpetilla en parte impresa, los documentos gestionados según un procedimiento responsable debían mostrar ya desde el exterior, el lugar, la oficina donde habían ingresado y su contenido abreviado. Debían también ordenarse y conservarse numerados según el orden de tramitación, vinculándose unos con otros mediante marcas, rúbricas y anotaciones diversas, hasta llegar a la resolución definitiva y su comunicación a las partes e instancias interesadas, de cuya comunicación también se conservaría la correspondiente minuta.[11]

En todo caso, el esfuerzo invertido por los administradores en la definición formal, incluso física, de estos expedientes, no hubiera tenido efecto sin la consiguiente y paralela reglamentación del trabajo interior de las oficinas donde se gestionaban. Desde muy pronto el gobierno impuso a los ministros la necesidad de diseñar instrucciones articuladas donde sistematizar por escrito los diversos trámites y funciones llevados a cabo por sus empleados para la adecuada resolución de los negocios de su competencia. Ya la misma Regencia propuso la necesidad de su formación en la planta general de las secretarías del Despacho

[11] En el Reglamento interior de la primera Secretaría de Estado de 12 de enero de 1852 se puede observar muy bien una de estas reglamentaciones: "La forma en que han de disponerse los expedientes será igual en todos los Departamentos y estará sujeta a las siguientes reglas: 1a. Los documentos deberán colocarse por el orden en que se vayan recibiendo, quedando el primero en el fondo del expediente y el más reciente en la parte superior. 2a. Cada documento tendrá su extracto en la carpeta y estará numerado por el orden sucesivo que le corresponda. 3a. Todo expediente llevará una carpeta de papel marquilla con un apunte de su contenido. 4a. Cuando los expedientes no sean muy voluminosos se plegarán en cuartilla, y sólo se conservarán en folio cuando así lo exijan los documentos que contengan. Y 5a. Siempre que se remita a consulta o informe algún expediente original fuera de la Secretaría se acompañará con un índice y se guardará copia de éste firmada por el subsecretario, así como el extracto del expediente para poder conservar su historia...", en "Reglamento", 1852, cap. II, art. 6, pp. 111-123.

dada en 1813.[12] Años más tarde, en 1820, en el *Reglamento* creado para la Secretaría de Hacienda, la uniformidad y regularidad adoptada por los empleados en la tramitación de los expedientes se presentaba como el mejor testimonio y prueba de la eficacia y valor del trabajo de los jefes y demás oficiales de los ministerios.[13] Desde entonces fueron muchos los reglamentos expedidos por los distintos ministerios, fuentes de primer orden para desentrañar el proceso seguido en la constitución del procedimiento administrativo contemporáneo.

Los reglamentos responden al ideal de transparencia administrativa y uniformidad que se viene comentando. Una reforma que se consideraba necesaria para disipar la desconfianza hacia las instituciones y garantizar los derechos particulares de las personas. Especial interés muestra, en este sentido, el Reglamento aprobado en 1870 para dar orden al trabajo del Ministerio de Gobernación por entonces bajo la dirección del ministro Nicolás Marín Rivero. En él se expresaba muy bien la finalidad perseguida con el mismo, hablándose por vez primera, en un texto de este tipo, del establecimiento de un auténtico "procedimiento administrativo" que cubriese los siguientes objetivos: "Reglas fijas para cada caso; audiencia de los interesados cuando la pidan; exhibición del expediente cuando se reclame; admisión de nuevos documentos siempre que se presenten; tales son las bases en que debe fundarse un buen orden de procedimientos que asegure la exactitud en la aplicación de las leyes y facilite el acierto en la resolución de los negocios". El Reglamento, además, se establecía para atender dos necesidades diferentes aunque complementarias entre sí: por un lado —se dice—, "para organizar el régimen interior de la Secretaría" y, por otro, para uniformar "el procedimiento administrativo, estableciendo condiciones que sirvan a los interesados como prenda de acierto en el despacho de sus respectivos expedientes".[14]

Este giro de destino en el trabajo de las oficinas resultará fundamental para entender el conjunto de cambios operados en la administración española contemporánea. En realidad, podría decirse que es esta mirada al exterior de las oficinas lo que más modifica el funcionamiento de las instituciones y lo que explica la adopción de unos u otros instrumentos de control y fiscalización

[12] "Planta" (1813), 1982, p. 28.

[13] *Gaceta de Madrid*, 22 de junio de 1820, pp. 716-717.

[14] Reglamento interior del Ministerio de Gobernación aprobado por Real Decreto de 30 de noviembre de 1870, en *Gaceta de Madrid*, 7 de diciembre de 1870.

documental, en definitiva, lo que favorezca el nacimiento del "procedimiento" como tal. De hecho, el contenido de los reglamentos establecidos y creados a lo largo del siglo XIX recuerda mucho a esos "Repartimientos de Negociados" y otras normas dictadas por muchos secretarios a lo largo del XVIII para organizar el trabajo de sus oficiales. Eran, eso sí, normas de actuación internas, nunca publicadas, y, por supuesto, realizadas no por orden del monarca, que no solía inmiscuirse en asuntos tan alejados a su persona, sino cada vez que el secretario, en cuanto "jefe" y responsable inmediato del trabajo de sus oficiales, lo estimaba necesario.

Existe, por tanto, un importante cambio cualitativo en los reglamentos del siglo XIX respecto a los anteriores, ya que responden al interés superior de uniformar, no ya el trabajo de una institución concreta, sino el de todas en su conjunto. En este sentido destaca el Real Decreto de 14 de septiembre de 1872, ya citado, por el que, entre otras cosas, se ordena a "todas las dependencias de la Administración civil del Estado" formar "un reglamento interior general para el despacho de los negocios que le están encomendados... y, a la mayor brevedad posible, reglamentos especiales y detallados para cada clase de servicios", detallándose, con claridad y sencillez, "la tramitación que haya de darse a todos los asuntos de su competencia desde su principio hasta su terminación" (arts. 1 y 2).

Como se verá, la práctica normalizada en los distintos reglamentos que fueron publicados en los años siguientes por los distintos ministerios, hasta llegar a la ley de bases de 19 de octubre de 1889, no fue muy distinta a la que figuraba en los diversos reglamentos expedidos y publicados desde principios del siglo XIX, ni el contenido de éstos, como se ha dicho, demasiado diferente a aquellas disposiciones dictadas para normalizar el trámite de las secretarías a lo largo del Antiguo Régimen. Todas ellas comulgaron de unos mismos principios y elementos, la mayoría configurados desde antiguo en las oficinas, aunque reinterpretados o modificados por los ideales propios del constitucionalismo decimonónico.

4. DE "CAUTELAS RESERVADAS" A "GARANTÍAS PÚBLICAS": USOS Y PRÁCTICAS DOCUMENTALES

Una de las diferencias fundamentales de los expedientes gestados durante el Antiguo Régimen y los generados a tenor de la administración constitucional

va a ser, ya se ha dicho, el fin último que persiguieron con su constitución, su razón de ser, el sujeto a quien amparaban. La unión y ligazón de los documentos, el testimonio escrito de cada una de las actuaciones llevadas a cabo por una oficina para la adopción de una u otra resolución, puede dirigirse a defender competencias internas de la propia institución, de la Monarquía durante el Antiguo Régimen, o bien sumar a este destino la defensa de libertades y derechos externos, constitutivos del orden constitucional y sustantivos de cada ciudadano particular que, como parte reconocida del Estado, se capacita para participar de forma activa en el conocimiento de las actuaciones llevadas a cabo por la administración para cubrir sus expectativas y necesidades. Este cambio de destino del expediente será fundamental para entender las nuevas cautelas, los nuevos requisitos, exigidos a los mismos en su constitución y para su eficacia, una serie de elementos que configuraron, primero, el "ministerio de papeles" y fundamentaron, después, el "procedimiento" administrativo contemporáneo.[15]

Me introduzco de este modo en el análisis de los usos y prácticas documentales, de los instrumentos y cautelas, primero internas y luego externas, que constituyen la base del procedimiento y representan las herramientas básicas del trabajo administrativo. Tales dispositivos y recursos fueron muchos y diversos, aunque, para lo que aquí se estudia resultan de especial interés cuatro fundamentales: en primer lugar, el llamado extracto general del expediente; en segundo lugar, el desarrollo de las firmas y rúbricas responsables; en tercero, la conservación de las minutas; y por último, el registro general de entrada y salida de documentos.

[15] Como ilustración de lo que vengo comentando, basta leer el texto preliminar del ya citado Reglamento del Ministerio de Gobernación escrito por el ministro Nicolás Marín Rivero, para su aprobación el 30 de noviembre de 1870. Se inicia así: "Señor. La manera de instruir y resolver expedientes en las oficinas generales del Estado ha sido objeto de continuas reclamaciones y de severas censuras, dirigidas, ya contra la reserva en que se guardan los procedimientos administrativos, ya contra las dilaciones causadas por largos trámites y pesados rodeos. Tiempo es de reconocerlo: la buena gestión de los negocios públicos no exige recato tan extraordinario ni tan prolijas formalidades. Lejos de eso, la publicidad de las operaciones y la prontitud de los acuerdos son condiciones igualmente beneficiosas para los particulares, cuyos intereses se hallan así mejor garantizados, y para el Gobierno, cuya moralidad no queda a merced de infundadas sospechas o de malévolas suposiciones". También resultan de interés el tit. II, cap. II, art.67 y siguiente, y el tít. III. La cuestión es recogida por Escriche en su *Diccionario*, 1847, voz "Procedimiento".

4.1. El extracto general del expediente

Con antecedentes en antiguas prácticas documentales llevadas a cabo por los secretarios que desde antiguo atendían al monarca, el extracto general del expediente nace con entidad reconocida en las secretarías de Estado y del Despacho hispanas a lo largo del siglo xviii. Se trata de un cuadernillo de pliegos en cuarto, más o menos extenso, que presenta a modo de resumen los documentos que inician un expediente determinado y testimonia por escrito los distintos trámites llevados a cabo en la oficina para adoptar una resolución determinada y comunicarla a los interesados.

La importancia y singularidad de este instrumento documental estriba en la calidad de su contenido y en la idea o concepto que inspiró su nacimiento y desarrollo. No se trata, como podría pensarse, de un simple compendio más o menos amplio o circunstanciado de un documento recibido por una institución para agilizar su lectura y de ese modo facilitar la adopción de resoluciones. En realidad, el llamado por los propios contemporáneos *extracto general* es mucho más que eso. Junto al puntual resumen de los documentos recibidos, a los que normalmente se suma el extracto de los antecedentes localizados sobre el asunto en cuestión, se añade toda una suerte de documentos originales, creados y generados por el personal de la propia institución donde se estuviera trabajando y escritos en el mismo cuaderno de extracto por el oficial encargado del expediente. Tales documentos originales son, por un lado, las llamadas "notas opinativas" o informes que sobre el negocio recibido y extractado, y su trámite, podían emitir los oficiales y empleados de las secretarías del Despacho y, por otro, las resoluciones que, de trámite o definitivas, escribía el secretario de su propio puño y letra para marcar el cauce o bien rematar la tramitación de un negocio en cuestión. Ambos tipos de documentos, las llamadas "notas" y las resoluciones, marcan la diferencia fundamental de este género de escrito respecto de otros con los que tal vez pudiera confundirse. El extracto general era también el instrumento utilizado por el oficial de la Secretaría para dejar constancia del cierre del expediente y su oportuna conservación, lo que se expresaba justo debajo de la resolución autógrafa del secretario, mediante la abreviatura de la palabra "fecho" (*fho*). Con ello se indicaba haberse concluido el trabajo conducente a extender por escrito, en un documento en forma, la escueta y breve resolución, así como haberlo validado y, en su caso, registrado, para su oportuna expedición.

Se trataba en todo caso de un documento eminentemente interno propio de las más íntimas necesidades documentales de las instituciones de la época, que refleja el modo de trabajo diferente y específico de estas secretarías. En cualquier caso, se debe tener presente que los extractos no se hacían siempre, tan sólo cuando se estimaba oportuno por la calidad o complejidad del negocio.

Las características sustanciales de este extracto general fueron asumidas y reinterpretadas por el nuevo orden constitucional como reflejo del trabajo ministerial desarrollado y fundamento de la responsabilidad del empleado público. Al comienzo, el paralelismo respecto de la práctica desarrollada durante el Antiguo Régimen fue total,[16] sin embargo, a medida que avanzó el siglo XIX, el extracto fue evolucionando, adaptándose a las nuevas exigencias y necesidades constitucionales. En este sentido, sintetizando el proceso, el extracto, primero, fue normalizado en sus partes y elementos constitutivos, después, en la obligatoriedad de su realización, para, por último, transformarse en principal testimonio público de la actuación ministerial y principal garantía de los derechos administrativos de los ciudadanos.

La normalización formal se observa ya en el Reglamento interior de la Secretaría del Despacho de Estado dado el 12 de enero de 1852. Sus partes y elementos constitutivos eran los habituales durante el Antiguo Régimen, si bien introduce una importante novedad, la de su validación, de la que se tratará con detalle más adelante. Según se dispone, los extractos contendrían además del resumen de los documentos a instruir recibidos por la Secretaría, la de "los antecedentes" que tuvieran relación con el negocio y la llamada "nota consultiva", donde se indicarían "los hechos en que se funde y los puntos de derecho a que tengan aplicación". Los oficiales presentarían los documentos resumidos, indicando en su margen el número de orden dado dentro del expediente a cada uno de ellos, y su contenido sería revisado y firmado por los jefes de

[16] Ya en las primeras plantas constitucionales expedidas en 1813, la realización de extractos se considera una de las obligaciones fundamentales de los oficiales de las distintas secretarías del Despacho establecidas. La dada por A. Cano Manuel para la de Estado recomienda "el pronto despacho y cumplimiento de los expedientes... sin más dilación que la precisa para el examen y arreglo en el extracto de los negocios; guardando con la mayor escrupulosidad el sigilo tan necesario en todas". Publicada por García Madaria en su trabajo titulado *Dos estudios*, 1982, p. 30. Y en el Reglamento aprobado en 1813 para la Secretaría de la Gobernación de Ultramar se especifica claramente ser obligación de los oficiales "recibir, reconocer y extractar los expedientes", p. 40.

sección, responsables del mismo (cap. II, art. 5), al igual que ocurriría con las resoluciones (art. 7).[17]

En este Reglamento interior de 1852 los extractos aún no se consideraban obligatorios. Al igual que ocurría durante el Antiguo Régimen, sólo se realizaban cuando la calidad del asunto lo hacía necesario.[18] Habrá que esperar al año 1870, concretamente al Reglamento expedido para el funcionamiento interior del Ministerio de Gobernación, para encontrar alguna norma en este sentido. Por supuesto, se mantiene como obligación principal de los oficiales "extractar los expedientes, documentos y oficios recibidos" (cap. VIII, art. 1), siendo responsabilidad de los jefes de negociado informar en los expedientes, proponiendo las resoluciones que procedan con su firma (cap. VII), según la doctrina legal que corresponda, y citando las disposiciones aplicables al caso (art. 48). Sin embargo, ahora el extracto se ha convertido ya en instrumento obligatorio de todos los documentos recibidos o ingresados en la Secretaría, así como la búsqueda de los antecedentes del asunto que se estuviera tramitando, si es que los hubiere. En los arts. 44 y 45 se establece, además, la necesidad de hacer tantos extractos como expedientes distintos generase el trámite de un asunto determinado, vinculándolos entre sí mediante notas de relación. Aun siendo la elaboración de extractos obligación de los oficiales, el responsable final de su contenido y conservación será el jefe de negociado, quien, como se ha comentado, será también responsable de emitir el informe pertinente sobre su resolución. Tanto los jefes de sección como los de negociados, son responsables de los informes y propuestas que emitan en el curso de los negocios (art. 51). En

[17] Reglamento interior de la primera Secretaría de Estado de 12 de enero de 1852. Capítulo II, *Despacho de los negocios*: "En la instrucción de los expedientes se procurará mencionar después del extracto los antecedentes que tengan relación con el negocio; y en las notas consultivas se hará el recuerdo del mismo, indicando los hechos en que se funde y los puntos de derecho a que tengan aplicación. Estas notas como los extractos, deberán llevar al margen la fecha completa y se firmarán por el Gefe de la Sección. Los extractos llevarán también al margen el número de documento extractado" (art. 5). En el cap. III, art. 24, se ofrece la posibilidad al jefe de sección de permitir a sus oficiales extender notas consultivas, si bien, en tal caso, el jefe de sección tendrá que autorizarlas y dar su opinión expresa si resultara contraria a la dada por el oficial para que, en su vista, decida el ministro. Editado en "Reglamento", 1852, pp. 111-123.

[18] El Reglamento llega a normalizar cómo se debía indicar esta circunstancia, mediante la expresión "Dese cuenta". En el caso de que un documento no necesitara extracto, la instrucción del expediente, los informes y notas que fueran necesarios para su trámite, se dispondrían en el margen del propio documento original ingresado, indicándose esta circunstancia con la frase "Informe la sección, la cancillería o el archivo", cap. II, art. 7.

el Reglamento se previene, igualmente, otra práctica ya para estas fechas inmemorial, la continuación en el mismo cuaderno de extracto de los resúmenes de nuevos documentos incorporados al expediente, así como los nuevos informes que se deban emitir sobre los mismos (tit. II, art. 58).[19]

Otra importante novedad ahora introducida es la necesidad de salvar, antes de la firma, todas las correcciones y enmiendas realizadas en los informes y extractos por el oficial encargado de su redacción (art. 50). Esta prevención debe ponerse en relación con el derecho otorgado a los ciudadanos de poder consultar los expedientes de que fueran parte y conocer cada uno de sus trámites (art. 67). De este modo, el extracto, hasta entonces instrumento puramente interno de las oficinas, terminará convirtiéndose en garantía pública y externa de la actuación y la responsabilidad ministerial.

Con todo, para observar con mayor claridad esta nueva función asumida por el extracto habrá que esperar al Real Decreto de 14 de septiembre de 1872, por el que se establece una serie de bases de funcionamiento generales para los ministerios a partir de las cuales cada uno elaboraría su reglamento propio. Por vez primera se trata de la obligación de marcar y publicar plazos máximos para llevar a cabo los trámites administrativos, "descendiendo —se dice— hasta los más mínimos detalles" (art. 3). Se establece también la necesidad de elaborar estadísticas y dar cuenta cada mes del estado de los expedientes mostrando en apéndice modelos de cómo hacerlo. Por último, se ordena que sea el extracto el instrumento utilizado, no ya para facilitar el procedimiento interno, sino también para dar a conocer a las partes el estado y las resoluciones dadas a su expediente "a fin de tomar de ellos las notas que puedan convenirles". Tal exhibición se hará —se dice— "únicamente de los extractos, pero no de los documentos originales, a menos que a instancia del interesado y por acuerdo motivado, determine otra cosa el Jefe de dependencia" (art. 9).[20]

[19] Otros Reglamentos posteriores a este de Gobernación, como el de Fomento de 1871, mantienen este mismo esquema, que con ligeras variantes será el que termine por imponerse en todos los ministerios, con las variantes propias de la diversa organización interna o tramitación de negocios particulares. *Gaceta de Madrid*, 26 de mayo de 1871.

[20] Real Decreto de 14 de septiembre de 1872 por el que se establecen bases generales de funcionamiento a seguir en todos los ministerios. En él se termina por normalizar con detalle los elementos constitutivos y definidores de los expedientes contemporáneos: "Los expedientes que se instruyan en todos los centros y dependencias de la administración civil constarán de dos partes principales: la primera, que es el expediente propiamente dicho, contendrá todos los documentos originales, considerando como tales las minutas de la providencia; y la segunda es el extracto, o sea el resumen ordenado y metódico de

Como puede observarse, el extracto general del expediente mantuvo su vigencia plena en el procedimiento administrativo constitucional. Fue normalizado, se convirtió en rutinario, en el primer paso a llevar a cabo cualquier actuación administrativa, pasó además a ser el instrumento utilizado para mostrar a los ciudadanos el estado de sus expedientes, perdiendo la reserva, que no el secreto, en que se había mantenido durante el Antiguo Régimen. Sin embargo, a pesar de todos estos cambios, mantuvo su nota más característica y arraigada, la de ser el instrumento más paradigmático de la institución productora, el reflejo de sus objetivos y funciones y la traducción de lo que el gobierno, en cada momento, esperaba de ella.

4.2. Las firmas y rúbricas responsables

En directa relación con todos estos cambios que se acaban de comentar se encuentra el segundo instrumento documental que quiero destacar como característico del naciente procedimiento administrativo contemporáneo. Me refiero al uso constante, incluso yo diría exagerado, de firmas y rúbricas, ahora, responsables.

Sin duda, el desarrollo cualitativo y cuantitativo de este tradicional elemento de validación documental debe ponerse en relación con la exigencia de responsabilidad al empleado público. No sólo al ministro, sino también al resto de personas que con su actuación podían intervenir en la adopción de resoluciones. Destaca en este sentido el Real Decreto de 16 de junio de 1834 por el que se daba nueva planta a las secretarías del Despacho y se creaba la novedosa figura del subsecretario como persona que haría las veces del ministro en los asuntos de mero trámite o menor cuantía, "a fin de que —se explica— puedan dedicarse a

todo lo que en aquel se contiene. Los documentos que forman la primera parte estarán cosidos y numerados según el orden de entrada y en cada uno se expresará el folio del extracto en que se haga referencia a ellos. A la cabeza del expediente se formará un índice en que vayan siendo anotados todos los documentos según su ingreso (art. 15). Los extractos se harán con toda escrupulosidad, cuidando de no omitir ninguna circunstancia especial que pueda afectar en cada caso el informe y acuerdo que con vista del mismismo proceda. Las notas serán redactadas consignando separadamente y en numeración correlativa la exposición de los hechos y los fundamentos legales, terminando este informe razonado con la propuesta que corresponda para la resolución definitiva (art. 17). Los funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad cuando por su morosidad se detenga o interrumpa el curso de un expediente...", art. 18, *Gaceta de Madrid*, 15 de septiembre de 1872.

hacer en los diversos ramos de la administración las importantes reformas que se están planteando y asistir a las sesiones de las Cortes generales del Reino".[21]

Esta delegación explica muchas de las transformaciones que se van a producir en la escrituración de los trámites y toma de decisiones a lo largo del siglo XIX. Se debe tener en cuenta que los secretarios de Estado y del Despacho habían sido durante el siglo XVIII personas influyentes y de gran preeminencia en la toma de decisiones a cuya palabra, tanto oral como escrita, se le otorgaba la misma credibilidad que a la expresada por el rey mismo. Sin embargo, al mismo tiempo, los secretarios actuaban como auténticos "ministros de papeles" y expertos "oficiales de la pluma". Esto es, no dudaban en corregir minutas y escribir esquelas, instruyendo a los oficiales de su Secretaría sobre el curso que debía seguir el trámite de un asunto determinado o el tipo de documento y las fórmulas que debían ser utilizadas en la puesta por escrito de una resolución determinada. Es más, durante todo el Antiguo Régimen fue obligación del secretario del Despacho escribir de su puño y letra las resoluciones dadas a los negocios tramitados en su Secretaría, ya fuese por sí mismo o bien junto al rey en su despacho. El Nuevo Régimen, sin embargo, parece potenciar la capacidad y calidad política del ministro en detrimento de su capacidad documental que delega en otra persona, el subsecretario. Este cambio de concepto explica entre otras muchas cosas la aparición dentro de la práctica documental al uso en los ministerios de las firmas y rúbricas al pie de las resoluciones adoptadas y decretos de trámites internos, algo hasta entonces prácticamente inexistente salvo contadas excepciones. Así, en el artículo 2º del Real Decreto de 1834 se dispone como obligación del recién creado subsecretario, la de firmar de orden del ministro "todas las comunicaciones preparatorias relativas a la instrucción de los expedientes", y en el 3º, la necesidad de que el ministro rubrique todas las resoluciones definitivas.[22]

Por supuesto, en el Real Decreto de 1834 que se está comentando también se dieron normas sobre cómo validar los documentos que, preparados en las secretarías, se expedían por sus miembros y oficiales para comunicar las resolu-

[21] *Gaceta de Madrid*, 15 de junio de 1834.

[22] En este mismo orden de cosas cabe comentar la obligatoriedad declarada al subsecretario y resto de empleados, de tramitar y despachar los expedientes siempre por escrito, salvo en materias excesivamente graves o reservadas. El subsecretario, pues, no puede despachar "a boca". Claramente se dispone esta cautela en el ya varias veces citado Reglamento dado al Ministerio de Gobernación en 1870, art. 71.

ciones adoptadas (firma entera del ministro en todos los documentos donde el monarca pusiera su nombre; firma por parte del ministro de todas las comunicaciones principales de las resoluciones adoptadas; firma del subsecretario para sus traslados), pero lo realmente novedoso e importante, a mi modo de ver, es el cúmulo de validaciones que el Estado liberal impuso al orden interno de las oficinas. A lo largo del siglo XIX, la normativa desarrollada al respecto en cada ministerio no hizo más que crecer. Las rúbricas resultaban necesarias no sólo para validar decretos de trámite y resoluciones marginales, sino también y muy especialmente para responsabilizar el contenido de los extractos y de las notas e informes que debían ser emitidos sobre su posible trámite y resolución.[23]

El Reglamento dado en 1870 al Ministerio de Gobernación es especialmente ilustrativo en este sentido. En su título II dedicado al procedimiento, se establece, primero, que los jefes de sección y de negociado son responsables de los informes y propuestas que emitan en el curso de los expedientes (art. 51) y, segundo, la necesidad de fechar y firmar cada una de las diligencias practicadas en el curso del expediente (art. 52). Las providencias de mero trámite debían validarse con media firma (art. 53) y las resoluciones, según los casos, lo serán con la rúbrica del ministro, con la media firma del subsecretario o con la del jefe a quien corresponda (art. 60). En el art. 62 se establece finalmente que las comunicaciones se extenderán a media margen con el membrete del Ministerio, sección y negociado y la rúbrica marginal del jefe respectivo. Las comunicaciones dirigidas a otros ministros y altos cargos se expedirán por el ministro o el subdirector con firma entera (art. 63).La responsabilidad afectaba también al propio texto de los documentos expedidos, que debían corresponderse fiel-

[23] Como ya se dijo, en el Reglamento de 1852 para el Ministerio de Estado, cap. II, art. 5, se dice que las notas instructivas y los extractos deben ser firmados por los jefes de sección, quienes los entregarán al subsecretario. En el art. 7, que las resoluciones tienen que ir rubricadas y fechadas. Sobre atribuciones de directores y demás miembros de los ministerios, es bastante clara la nueva planta dada al Ministerio de Gobernación el año 1853. En él se establece que los directores rubriquen las minutas, *Gaceta de Madrid*, 22 de octubre de 1853. En el Reglamento para el Ministerio de Marina de 1857 también se especifican las obligaciones de los directores, quienes deberán instruir los expedientes reservados, facilitar la de todos por medio de "notas instructivas o de concepto". También se trata de las firmas, *Gaceta de Madrid*, 13 de noviembre de 1857. Igualmente, en el de 1856 para el de Gobernación, donde se especifican obligaciones de los directores y oficiales, especialmente la calidad de sus firmas, *Gaceta de Madrid*, 14 de junio de 1856. Por la Real Orden de 4 de noviembre de 1863 para el Ministerio de Fomento se declaran iguales facultades a los directores que a los subsecretarios. Martínez, *Diccionario,* 1984, t. VIII, voz "Ministerios".

mente con los acuerdos adoptados y por supuesto con las minutas revisadas, que también terminarán siendo rubricadas como garantía de fidelidad.[24]

Este celo por normalizar y validar cada paso o trámite administrativo dotará de fehaciencia y autoridad pública al propio expediente, testimonio y garantía de la creciente exigencia de responsabilidad ministerial. No es que durante el Antiguo Régimen los expedientes carecieran de autoridad, pero se trataba de una autoridad interna alcanzada a través de otros medios tales como la letra autógrafa del autor del escrito o la adecuada conservación del documento en el interior de la propia institución. Tales prácticas bastaban entonces para dotar a los expedientes de suficiente credibilidad.

La abundancia de firmas y rúbricas también puede explicarse por el derecho reconocido al ciudadano de consultar los expedientes en que se encontrase implicado y dirigir recursos de alzada contra las resoluciones ministeriales si lo estimaba oportuno. A esta cuestión alude el ministro de Hacienda, Segismundo Moret, en la presentación y propuesta del Reglamento interior de su Ministerio, aprobado por Real Decreto de 18 de febrero de 1871.[25] Un año más tarde, el

[24] El Reglamento dado al Ministerio de Fomento al año siguiente, en 1871, establece como prevención y norma de funcionamiento general la necesidad de que todos los documentos presentados al ministro para su firma lleven al margen, junto a la fecha, la rúbrica de los jefes de sección por donde se hubiera tramitado y preparado el documento en cuestión (cap. v, art. 27). Las órdenes a firmar irían numeradas dentro de la rúbrica del oficial responsable. Se dispone también la formación de carpetas para introducir los documentos que debían firmarse con un índice donde se resumía cada uno de ellos (art. 28). Una vez firmados, los documentos eran devueltos a los negociados de origen desde donde se expedían (art. 29), no sin antes conservar relación de cada uno de ellos mediante la conservación del índice o carpeta usada para la firma (art. 30). Los directores tenían capacidad para validar los traslados de las Reales Órdenes excepto las que se dirigieran a los demás ministerios y otros cuerpos superiores (cap. vii, art. 43, p. 3º). Las órdenes que firmaran los directores debían en todo caso llevar al margen, junto a la antefirma, la rúbrica del oficial que la hubiera redactado (art. 47). La rúbrica, tanto en las minutas (cap. viii, art. 50, pp. 4º y 5º) como en las órdenes puestas en limpio, debía extenderse al lado del lugar donde debiera firmar el ministro o en su caso el director, cuidando que no tuviera raspaduras, enmiendas o borrones. Los oficiales debían rubricar las órdenes o cualquier otro documento antes de mandarlos a los escribientes (p. 6º). Lo mismo consta en el capítulo dedicado a los llamados aspirantes, dedicados a pasar a limpio los documentos (cap. x, art. 60). Idénticas prevenciones pueden leerse, por ejemplo, en el cap. iii, art. 10, cap. vii y ix del repetidamente citado, "Reglamento", 1870.

[25] En el texto se reflexionaba sobre la necesidad de reformar el sistema de apelaciones existente, hasta ese momento interpuestas ante la misma Dirección de donde había partido la resolución apelada. Desde entonces, las resoluciones de los directores de Hacienda pudieron apelarse ante el ministro dentro de los 60 días siguientes a la notificación administrativa. Se introduce, además, la novedad de sacar índices de todas las resoluciones definitivas y su publicación mensual en la *Gaceta de Madrid*. La reforma fue significativa y quedó recogida en Escriche, *Diccionario*, 1847, voz "Apelaciones", (negocios de Hacienda de los directores).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1872, normaliza el recurso de alzada y la notificación al ciudadano "de todas clases de providencias", quedando reconocido en la ley de bases de 19 de octubre de 1889 como una de las principales novedades del procedimiento administrativo reformado.[26]

4.3. La conservación de las minutas

Como se sabe, las minutas son los borradores de los documentos preparados y redactados por una institución o persona para comunicar adecuadamente una resolución previamente adoptada. Las minutas forman parte del trabajo natural de cualquier cancillería u oficina de expedición medianamente organizada como instrumento práctico que facilita el trabajo de escritura y expedición documental. Sin embargo, cuando tales cancillerías u oficinas comienzan a conservarlas una vez cumplido el fin inmediato para el que fueron creadas, es decir, una vez expedido el documento original que ayudó a poner por escrito, las minutas adquieren un valor renovado, una función probatoria que no hará sino crecer y consolidarse a medida que las instituciones y centros de expedición de documentos vayan adquiriendo madurez.

A lo largo de la edad moderna será cada vez más frecuente la conservación de estos borradores que, marcados o visados por un superior y convenientemente conservados en el interior de la oficina de expedición, podrán llegar a hacer las veces de original o demostrar el tenor y contenido de un documento expedido si llegara a ser necesario. En muchos casos, estas minutas eran conservadas en legajos especialmente establecidos para ello, sin embargo, con el tiempo, se consideró mejor conservarlas no de forma separada, sino junto al conjunto de documentos que podían explicar su nacimiento, en definitiva junto al expediente que les dio vida.

La conservación de las minutas corregidas y visadas junto al resto de los documentos ingresados y generados por una institución para resolver un negocio determinado constituye una de las cautelas y garantías más significativas logradas en los expedientes durante el Antiguo Régimen. Esta práctica se alcanzó más fácilmente en secretarías simples que en órganos más complejos

[26] La ley de 19 de octubre de 1889, en su art. 1, declara lo siguiente: "Las providencias que pongan término en cualquiera instancia a un expediente se notificarán al interesado...", en *Gaceta de Madrid*, 25 de octubre de 1889. Esta norma básica fue luego desarrollada por cada Ministerio en particular.

como los Consejos, donde la tramitación de los negocios podía llevarse a cabo y controlarse por órganos distintos a aquellos dedicados a la comunicación y expedición documental. A pesar de ello, ya en la segunda mitad del siglo XVIII, comenzó a generalizarse esta práctica también en estas instituciones colegiadas, buscándose la ligazón del proceso o reconstruyendo el expediente una vez concluido para su conservación.

Con estas bases, las reformas llevadas a cabo en la administración durante el siglo XIX simplemente se dirigieron a fortalecer la vinculación de la minuta con el expediente que la generó, pero también, y muy especialmente, con la persona, con el empleado responsable de su contenido y redacción. La rúbrica del empleado encargado de su puesta por escrito trataba de demostrar, como ya lo hiciera la antigua marca de visado que su contenido se ajustaba al acuerdo adoptado por la autoridad competente.

El Reglamento para la Secretaría del Despacho de Estado publicado en 1852 previene muy bien esta circunstancia: "Ninguna minuta de importancia se pondrá a la firma sin haber sido presentada previamente a la aprobación del subsecretario y los Gefes de Departamento responderán de la conformidad de la orden con el acuerdo y la exactitud de la referencia, debiendo cuidar además de que el estilo sea puro, correcto y digno de la persona o autoridad a la que vaya dirigido" (cap. II, art. 8).[27]

Ya en 1870, el Reglamento dado para el Ministerio de la Gobernación, establece la jerarquía que en el control de las minutas y expedición de los originales debía seguirse según la categoría y escalafón del empleado público responsable. De este modo, los jefes de sección tendrán la obligación de rubricar al margen las minutas correspondientes a acuerdos del ministro o el subsecretario (tít. I, cap. V); los jefes de negociado serán responsables con su rúbrica de todas las minutas preparadas por su negociado y además redactarán por sí mismos las correspondientes a asuntos graves (tít. I, cap. VII); los oficiales en general serán los encargados de poner por escrito las minutas de su mesa que serán revisadas por su jefe (tít. I, cap. VIII); por último, los escribientes serán los encargados de pasarlas a limpio sin responsabilidad, si bien se les implica en el procedimiento

[27] En su cap. II, art. 17, se establece que al margen de las minutas y oficios los jefes de departamentos de la Secretaría indicarán su título respectivo y el número de sección que corresponda "y cuando los despachos contengan documentos anejos, se colocará la raya que indica esta circunstancia en la plana donde haya de rubricarse la minuta o firmarse el oficio para mayor facilidad en el cierre". Editado en "Reglamento", 1870, pp. 111-123.

previniéndoles que no lo hagan si no se encuentran rubricadas del jefe de negociado correspondiente —previene— "cuando sean de firma del jefe de la sección, y además por éste cuando lo sean del ministro o subsecretario" (tít. I, cap. IX). Existirán por tanto minutas que podrán llevar hasta dos rúbricas, según la importancia de quien las valide y, en función de esto, de su contenido.

Finalmente, el Reglamento del Ministerio de Gobernación establece un último control de las minutas, el ejercido por el registro de salida, cuyo sello será estampado también en la misma con la indicación de la fecha de expedición del original, devolviéndolas después a los oficiales respectivos (tít. I, cap. III, art. 9 y tít. II, cáp. 1, art. 44).

4.4. El registro de entrada y salida

Realmente, una de las novedades más claras aportadas a la práctica de las oficinas por el procedimiento administrativo constitucional va a ser la implantación del conocido registro de entrada y de salida, instrumento clave del funcionamiento y la responsabilidad institucional hacia los ciudadanos. El registro de entrada y salida no tiene nada que ver con los tradicionales registros de expedición, libros donde desde antiguo se copiaba de forma íntegra, salvo determinadas cláusulas que por conocidas podían abreviarse, el texto de los documentos expedidos por la misma. La finalidad de tales libros era conservar un traslado auténtico de los documentos producidos con el objeto de controlar el conjunto de negocios documentados por una institución determinada y, llegado el caso, poder sustituir al original.

Esta clase de registros, que siguieron existiendo a lo largo de la época moderna y contemporánea, compartieron espacio desde el siglo XIX con estos otros libros, mucho más cercanos a la actual práctica administrativa. El llamado "registro general" fue constituido como una oficina compleja, integrada por un conjunto diverso de libros, suficientes para llevar el control de la entrada, salida y trámites sucesivos de cualquier documento ingresado o producido por una institución y sus diversas secciones.[28]

Este tipo de registro, el llamado "registratur", era conocido en Alemania y en otras cortes centroeuropeas ya en el siglo XVI, y según la teoría tradicional

[28] "Reglamento", 1870, cap. III, art. 5, "El registro general se llevará en libros separados que correspondan a las secciones en que se distribuyen los negocios del Ministerio".

fueron Napoleón I y los liberales quienes lo difundieron al resto de Europa como un método más práctico y eficaz que el existente hasta entonces para dar cuenta de los negocios. De hecho, el objetivo fundamental del "registratur" era controlar la existencia y los tiempos de un asunto determinado en el interior de una oficina a través de un sistema de referencias y marcas que vinculaba todos los documentos y actuaciones generadas para su asunción y trámite con su respectivo expediente. No se trata por tanto de libros que simplemente registran el recibo de la correspondencia o incluso la tramitación y formación de los expedientes. El "registratur" marca y vincula cada documento con la orden que lo ha generado, da a conocer la fecha y la sección o negociado concreto que ha asumido el trámite de un expediente y certifica el curso dado a los negocios en el interior de las oficinas.

Aunque muchos reglamentos de los expedidos desde principios del XIX tratan de la necesidad de llevar uno o varios registros en las instituciones, incluso aun cuando en ciertos memoriales de la década de los veinte se defiende la utilización de un registro de entrada y de salida,[29] la primera vez que se reglamenta y teoriza sobre su método será en el Reglamento dado en el año 1870 al Ministerio de Gobernación.[30] El registro general se concibe como una oficina fundamental que va a marcar el inicio y el cierre de los expedientes, constituyéndose, a su vez, en la última garantía de la legalidad seguida en el procedimiento administrativo: "En el registro general se anotará diariamente la entrada y salida de los expedientes, instancias y comunicaciones que remita la subsecretaría o entreguen los particulares, clasificándolos y distribuyéndolos con sujeción a este Reglamento. También corresponde al registro general el cierre y remisión de todas las comunicaciones expedidas por el Ministerio" (tít. I, cap. III, art. 7).

Todo ingreso o movimiento documental será anotado en el registro general del Ministerio o en los establecidos en cada una de las secciones que lo integran, pero también los documentos serán marcados con los diversos sellos de entrada y salida pudiendo entregarse al ciudadano testimonio del mismo. Siguiendo con el Reglamento dado al Ministerio de Gobernación en 1870, en su título II, dedicado literalmente al "procedimiento", se establece como norma general

[29] Véase, en este sentido, la anónima "Memoria sobre las Secretarías del Despacho" escrita en 1824 y publicada por García Madaria en su trabajo ya citado *Dos estudios*, 1982, pp. 135-181. Interesante es también lo que dispone el Reglamento dado al Ministerio de Estado en 1852 con relación al registro. Cap. II, art. 14, en "Reglamento", 1852, pp. 111-123.

[30] *Gaceta de Madrid*, 7 de diciembre de 1870.

a seguir, estampar en la parte superior de todos los documentos de entrada y en las minutas de comunicaciones expedidas, "el sello del Registro general con la fecha de entrada o salida y las indicaciones convenientes para conocer el libro y folio en que estuvieren registradas" (art. 41).[31]

A partir de este Reglamento, el registro general de entrada y salida será asumido en otros ministerios, como el de Fomento en 1871, normalizándose en su uso y caracteres en la ley de bases de 19 de octubre de 1889.[32] No cabe aquí un análisis detallado de cada uno de los elementos y características propios de este antiguo sistema de registro ahora implantado en España; remito para su mejor conocimiento a los trabajos del ya citado M. Romero Tallafigo, quien los estudia en su desarrollo a lo largo de los siglos XIX y XX. Las variantes pueden ser muchas y su evolución diversa según nos situemos en una o en otra institución. En todo caso, la adopción del "registratur" en la España liberal, debe ponerse en relación con el reconocimiento del derecho ciudadano no sólo a conocer el procedimiento usado por el Estado para resolver los asuntos de los que fuera parte, sino también a denunciar las faltas halladas en el mismo ya sea por trámite, defectos de forma o por su resolución definitiva. No resulta por tanto extraño que el primer Reglamento donde claramente se establece el registro de entrada y de salida sea también el que con mayor claridad reconozca y publique los plazos internos impuestos en el trámite de los negocios, así como los derechos del ciudadano en relación con la administración. Muy expresivo es, en este sentido, el mismo ministro de Gobernación, Nicolás María Rivero, quien en la presentación del Reglamento, finalmente aprobado por Real Decreto de 30 de noviembre, enumera los distintos derechos ciudadanos que se quieren preservar con su publicación:

> El derecho de reclamar recibo donde conste la fecha en que se presentaron los documentos; el de conocer en cualquier tiempo el estado y curso del expediente; la obligación impuesta a los agentes administrativos de aducir por escrito las razones que aconsejen dejar en suspenso un negocio; la de recordar pasado cierto término a las corporaciones o empleados la emisión de informes; la de proponer lo

[31] Se dispone además del registro general otro particular en cada sección donde deberán también registrarse los documentos de entrada (tít. II, cap. 1, art. 42). En tal registro particular o en su caso en el general se anotarán también los envíos o remisión de expedientes entre negociados expresando la fecha de salida (art. 47).

[32] *Gaceta de Madrid*, 25 de octubre de 1889.

que proceda si incurren en nueva omisión, después de segundo recordatorio y finalmente el principio general de fijar plazos para la ejecución de los trabajos y para la práctica de las diligencias... el derecho que cada cual se concede de examinar el expediente y el de ser oído si lo solicita antes que recaiga resolución definitiva".[33]

5. RECAPITULACIÓN

Con la lectura de estos derechos, verdadero logro de nuestra cultura escrita constitucional, concluyo este estudio dirigido como decía al comienzo más que a enumerar conclusiones, a compartir reflexiones acerca del papel otorgado a la escritura y el documento en las importantes transformaciones políticas e ideológicas operadas en el Estado y la administración de nuestro siglo XIX. Si echáramos una ojeada a América quizá el panorama resulte similar. En Nueva España, por ejemplo, el virrey Juan Vicente de Güemes Pacheco, segundo conde de Revillagigedo, y su secretario Antonio Bonilla, dictaron en 1790 unas interesantes instrucciones para el funcionamiento de la Secretaría de la Cámara, que en gran medida recuerdan los principios aquí analizados, como la realización de extractos, la conservación de la minuta, el buen orden en la conservación de los expedientes y el establecimiento de registros y prontuarios que unifiquen la diversidad.[34] Quizá el nombramiento de algunos secretarios de virreyes como oficiales de la Secretaría del Despacho de Indias o a la inversa, la práctica introducida ya en tiempos del secretario José de Gálvez de nombrar como secretarios de los virreyes a oficiales de la Secretaría del Despacho de Indias, favoreció el trasvase de usos y costumbres documentales.[35] No puedo en el estado actual de las investigaciones profundizar más en

[33] En el tít. II, art. 55 se previene lo siguiente en relación con los plazos: "Siempre que fuere posible, se señalarán términos para la ejecución de los trabajos o la práctica de las diligencias que exigiere la mayor ilustración de los asuntos. El empleado que no ejecutare el trabajo dentro del término prefijado deberá explicar por escrito los motivos del retraso y quedará sujeto a la corrección a que pueda haberse hecho acreedor". Ya aquí se establecen términos generales de 30 días, tres días para los asuntos de trámite. En su art. 61 se dice que las resoluciones definitivas se comunicarán en el plazo de tres días. Art. 64, los expedientes fenecidos se remitirán al archivo cada mes. *Gaceta de Madrid*, 7 de diciembre de 1870.

[34] Esta interesante instrucción fue editada en *Boletín*, 1942, t. XIII, pp. 23-71.

[35] Secretarios de virreyes ingresados en la Secretaría del Despacho de Indias fueron Francisco Fernández Molinillo en 1737, Jacinto Marfil en 1762, ambos secretarios de Cámara del virreinato de

esta cuestión, pero algunos decretos expedidos en el México independiente para dar planta a los ministerios y ciertos reglamentos establecidos para su funcionamiento sin duda muestran cautelas y estilos muy similares a los aquí analizados.[36]

Todavía es mucho lo que queda por hacer y muchos los campos aún por abordar, pero creo que lo dicho es suficiente para reconocer tanto el peso de la herencia en la constitución del procedimiento administrativo contemporáneo, como la importancia de las novedades. El protagonismo de los derechos ciudadanos, la exigencia de responsabilidad del empleado público y la publicidad de las resoluciones y sus trámites, fueron los motores fundamentales que impulsaron el cambio y llevaron al control y la reglamentación administrativa como garantía constitucional.

El llamado "ministerio de papeles", pues, se convirtió en "procedimiento" mediante un complejo proceso de abstracción conceptual que por medio de la previsión y el orden como forma de combatir la arbitrariedad y la discreción, anunciaron a todos y ordenaron por reglas escritas las prácticas, usos y costumbres que desde antiguo sustentaba la toma de decisiones en las instituciones y su comunicación. Este proceso de abstracción y razonamiento se vio inspirado e impulsado por los ideales de derechos y garantías propios de la cultura constitucional, es decir, por los ideales de igualdad y libertad del ciudadano y soberanía de la nación, frente a aquellos otros que inspiraban la práctica documental del Antiguo Régimen basada en el secreto y la reserva para mejor servicio al monarca y defensa de sus privilegios y los de los súbditos. De este modo, el expediente, nacido como principal elemento de garantía y cautela interna y reservada de la toma de decisiones se transforma en la principal prueba pública, en la principal garantía externa de la actuación de la administración hacia los ciudadanos. Este giro explica entre otras muchas cosas la ya comentada normalización formal de los expedientes, así como la mayor preocupación ahora

Nueva España, y Juan Isidoro Casamayor, secretario del virreinato de Santa Fe, en 1790. Por su parte, la primera vez que un oficial de la Secretaría fue nombrado por comisión secretario de Cámara de un virreinato indiano fue en 1766, bajo el ministerio de Julián de Arriaga, quien nombró el 3 de mayo a Pedro de Rada, oficial 3º1º, para servir la Secretaría de Cámara del virreinato de Nueva España. Sin embargo, fue con José de Gálvez cuando esta práctica se desarrolló de forma sistemática y adquirió mayor continuidad en el tiempo.

[36] Cabe mencionar en este sentido el "Reglamento para el gobierno interior de la Secretaría de Relaciones" de 12 de octubre de 1852, publicado por Dublán y Lozano, *Legislación*, 1876.

sentida por parte de las autoridades por su adecuada y aseada conservación en archivos organizados para ello. Explica también que el expediente se considere como la mejor expresión del buen orden de las instituciones y del adecuado trabajo de los empleados públicos, y en definitiva justifica todos los elementos que le son propios y lo definen como prueba del procedimiento administrativo adoptado.

Al llegar a la ley de bases de 1889 era ya muy largo el camino recorrido. Sus principios normativos se habían instalado desde hacía tiempo en la administración y la finalidad que pretendía alcanzar, constituía un antiguo objetivo de todos los ministerios y sus empleados: "evitar obstáculos y retrasos injustificados...; dar pública y firme garantía de que en las oficinas del Estado se procede con la mayor actividad y celo...; y, por último, facilitar el modo de descubrir y hacer efectiva la responsabilidad de los empleados".[37]

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

No es muy abundante la bibliografía existente acerca de la configuración de una cultura escrita constitucional y el papel jugado por la escritura y el documento en el paso del Antiguo al Nuevo Régimen. La concepción del constitucionalismo como cultura (Clavero, 1996 y 1998) y la de la escritura y el documento como instrumentos de cohesión social (Goody, 1990 y 1996; Petrucci, 1999; Olson, 1999) han sido los presupuestos conceptuales y metodológicos

[37] Real Decreto de 17 de abril de 1890 por el que se aprueba el Reglamento preparado por el Ministerio de Estado para poner en ejecución la ley de 1889 sobre el procedimiento administrativo editado en Martínez, *Diccionario*, 1894, 5a. ed. t. viii, voz "Ministerios". Según consta en otros reglamentos creados por los ministerios para dar cumplimiento al Real Decreto citado, la principal novedad va a consistir en la obligación de notificar las resoluciones a los interesados, si bien ya en ciertos reglamentos se contemplaba esta necesidad. Así lo expresa el Real Decreto de 23 de abril de 1890 por el que se aprueba el procedimiento administrativo que debía regir en el Ministerio de Fomento: "En honra y gloria de mis dignos predecesores debo consignar aquí que fuera de la parte completamente nueva de la citada ley, que se refiere a la notificación de los expedientes, todos los demás preceptos que contiene eran ya disposiciones que regían por decretos o reales órdenes en el Ministerio de Fomento". (*Ibid.*) Lo mismo el de Gracia y Justicia de 17 de abril de 1890, donde se atribuyen dos novedades a la "ley de bases": la fijación de términos para todas las diligencias y la obligación de notificar a los interesados los acuerdos "de forma análoga a la establecida en lo judicial". Según este Ministerio el objetivo era "conciliar la rapidez en la decisión con las garantías precisas para el respeto a los derechos de todos y el mayor acierto del fallo". (*Ibid.*)

que han inspirado este estudio. El desarrollo del pensamiento liberal, la configuración de una cultura de derechos individuales, especialmente la defensa de la igualdad y la libertad del ciudadano (Portillo, 1998), su relación con la instrucción pública y el apoyo a la libertad de imprenta (Botrel, 1993; Serván, 1998; Viñao, 1999; Fernández, 2006) así como la exigencia de la publicación de las decisiones (Lorente, 2001) y de la responsabilidad ministerial (Lorente y Garriga, 1998) pusieron las bases de esta nueva cultura escrita constitucional, que en el plano documental y administrativo favoreció el paso del antiguo y arbitrario "ministerio de papeles" al contemporáneo "procedimiento administrativo", fundamento de los derechos y garantías ciudadanas hacia la nueva administración y el Estado (Mannori y Sordi, 2001, 2004).

El "ministerio de papeles" como conjunto de usos y costumbres documentales propios de las instituciones y oficinas durante el Antiguo Régimen ha sido abordado en diversos estudios por Gómez Gómez, que analiza su práctica (1993), sus actores (2003, 2005) y fundamentos (2004). El expediente, como uno de los principales protagonistas de esta historia, ha sido analizado con detalle por Rodríguez de Diego (1998), así como por Torreblanca y Mendo (1994) para la época contemporánea. Los trabajos de Romero Tallafigo resultan fundamentales para el conocimiento de la historia del documento hispano en el siglo xix y la progresiva reglamentación de su génesis, así como para la introducción del registro general en España (2002a, 2002b, 2005).

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

Clavero, Bartolomé, "Presentación" de la edición española de Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 9-21.

Colmeiro, Manuel, *Elementos del derecho político y administración de España*, Madrid, Imprenta de F. Martínez García, 1870.

Diccionario de la Lengua Castellana compuesto por la Real Academia española reducido a un tomo para su más fácil uso, Madrid, 4a. ed. por la viuda de Joaquín I., 1803.

Dublán, Manuel y José María Lozano (eds.), *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio, 1876, t. I.

Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* [...] Madrid, Eduardo Cuesta, 1874.

Fernández Bajón, María Teresa, *Políticas de información y documentación en la España del siglo XIX*, Gijón, Trea, 2001.

Gaceta de Madrid, Madrid, 1661-1898.

García Madaria, José María (introd.), *Dos estudios sobre historia de la administración: las Secretarías del Despacho*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982.

Martínez Alcubilla, Marcelo, *Diccionario de la Administración española: compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina en todos los ramos de la Administración pública*, 5ª ed., t. VIII, Madrid, Administración, 1894.

"Planta General de las Secretarías del Despacho propuesta por la Regencia del Reino" (Cádiz, 1813), en José María García Madaria (introd.), *Dos estudios sobre historia de la administración: las Secretarías del Despacho*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982.

"Reglamento de la Secretaría de Cámara y Archivo del Virreinato", en *Boletín del Archivo General de la Nación* (México), t. XIII, núm. 1, 1942, pp. 23-71.

"Reglamento Interior del Ministerio de la Gobernación", en *Gaceta de Madrid*, 7 de diciembre de 1870.

"Reglamento Interior de la Primera Secretaría de Estado" (1852), en *Disposiciones orgánicas. Primera Secretaría de Estado* [y] *Ministerio de Estado*. Recopilación de textos de Carlos Fernández Espeso y José Martínez Cardós. Estudio preliminar de José Martínez Cardós, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores-Secretaría General Técnica, 1972.

Sismonde de Sismondi, Jean Charles Leonard, *Estudios sobre las constituciones de los pueblos libres*, Sevilla, 1843.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

Abeberry Magescas, Xavier, *Le gouvernement central de l'Espagne sous Joseph Bonaparte (1808-1813). Effectivité des Institutions Monarchiques et de la Justice Royale*, Val de Marne, Université de Paris XII, 2001.

Addy, George M., *The Enlightenment in the University of Salamanca*, Durham, Duke University Press, 1966.

Agüero, Alejandro, "Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal del antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII", en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 32, 2004a, pp. 33-81.

———, "La tortura judicial en el Antiguo Régimen. Orden procesal y cultura", en *Revista e Democracia. Revista de Ciências Jurídicas*, vol. 5, núm. 1, 2004b, pp. 187-221.

———, "Jurisdicción criminal y represión informal en las postrimerías coloniales. Córdoba del Tucumán, siglo XVIII", en *Revista de la Junta Provincial de Historia de Córdoba*", 2a. época, núm. 23, 2006, pp. 67-107.

———, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba de Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Aguirre Salvador, Rodolfo, *Por el camino de las letras. El ascenso profesional de los catedráticos juristas de la Nueva España. Siglo XVIII*, México, Centro de Estudios sobre la Universidad-Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Alejandre, Juan Antonio, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1981.

Alessi Palazzolo, Giorgia, *Prova Legale e Pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, Jovene, 1979.

Alonso Romero, María Paz, *El proceso penal en Castilla. Siglos XIII-XVIII*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

———, "La Universidad de Salamanca ante la Constitución de Cádiz. Actitudes políticas y académicas", en Mariano Peset (coord.), *Aulas y saberes. VI Congreso Internacional de Historia de las universidades hispánicas (Valencia, diciembre 1999)*, Valencia, Universitat de València, 2003, pp.123-139.

———, "*Ius commune* y derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereyra, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes", en Salustiano de Dios, Javier Infante y Eugenia Torijano (coords.), *El derecho y los juristas en Salamanca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 43-148.

———, "Derecho patrio y derecho común en la Castilla moderna", en Italo Birocchi y Antonello Mattone (coords.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno Internazionale Alghero, 4-6 de novembre 2004, Roma, Viella, 2006, pp. 101-126.

Álvarez Cora, Enrique, "La génesis de la penalística argentina (1827-1868)", en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 30, 2002a, pp. 13-86.

———, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002b.

Álvarez Junco, José y Javier Moreno Luzón (eds.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Álvarez de Morales, Antonio, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1988.

Anderson, Gary Clayton, *The Conquest of Texas: Ethnic Cleansing in The Promised Land, 1820-1875*, Norman, University of Oklahoma Press, 2005.

Annino, Antonio, "Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos, 1812-1821", en íd. (ed.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX. De la formación del espacio político nacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995a.

——— (coord.), *Historia de las elecciones en Iberoamerica, siglo XIX: De la formación del espacio político nacional,* México, Fondo de Cultura Económica, 1995b.

——— y François Xavier Guerra (coords.), *Inventando la nación. Iberoamérica, siglo XIX,* México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

Antoine, Michel, "La Monarchie absolue", en Keith Michael Baker (dir.), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture. Vol. 1. The Political Culture of the Old Regime,* Oxford, Pergamon Press, 1987, pp. 3-24.

Antonielli, Livio, *I Prefetti dell'Italia napoleonica,* Bologna, Il Mulino, 1983.

Aparicio, Miguel Ángel, *El status del poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936),* Barcelona, 1995.

Arenal Fenochio, Jaime del, "Ciencia jurídica española en el México del siglo XIX", en *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp 31-48.

———, "Ruiz de Apodaca, 'el negro Roberto', y el artículo 22 de la Constitución de 1812 en la Nueva España", en Feliciano Barrios (ed.), *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas,* Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, vol. I, pp. 123-141.

Arnold, Linda (1996), *Política y justicia. La Suprema Corte Mexicana (1824-1855),* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

Artola, Miguel, *Los orígenes de la España contemporánea,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959 [Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002].

———, *La hacienda del siglo XIX. Progresistas y moderados,* Madrid, Alianza Editorial-Banco de España, 1986.

Aspell, Marcela, "La intervención policial en los contratos de trabajo (1834-1848)", en *Revista de Historia del Derecho,* núm. 13, 1985, pp. 437-475.

———, "Los trabajadores rurales. Realidad social y regulación jurídica, 1810-1852", en *Revista de Historia del Derecho,* núm. 14, 1986, pp. 9-57.

Aznar i García, Ramón, *Cánones y leyes en la Universidad de Alcalá durante el reinado de Carlos III,* Madrid, Dykinson, 2002.

Ballbé, Manuel, "La justicia española en la historia constitucional, desde 1812 a 1978: una justicia civil teórica *versus* una justicia militar dominante", en Johannes-Michael Scholz (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histó-*

rica de la justicia contemporánea en España, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1992, pp. 381-394.

Baró Pazos, Juan, *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1993.

Barreneche, Osvaldo, *Dentro de la ley, todo. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*, La Plata, Ediciones al Margen, 2001.

Barrientos Grandón, Javier, "Regímenes de excepción y recursos de protección", en C. Peña, *Práctica constitucional y derechos fundamentales,* Santiago de Chile, 1987, pp. 353-423.

———, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius commune – Ius Proprium en las Indias occidentales*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000.

Bayón, Juan Carlos, "Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto", en Paolo Comanducci e Ricardo Guastini (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistema giuridici,* Torino, Giappechelli, 1996, pp. 47-63.

Bellingeri, Marco (coord.), *Dinámicas de Antiguo Régimen y orden constitucional. Representación, justicia y administración en Iberoamérica. Siglos XVIII y XIX*, Torino, Otto Editore, 2000.

Beneduce, Pasquale, "Cause in vista. Racconto e messa in scena del processo celebre", en *Giornale di Storia Costituzionale*, núm. 6, 2003, pp. 333-344.

Bermejo Cabrero, José Luis, "La enseñanza del Derecho español en el siglo XVIII", en *Derecho y Administración Pública en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1985, pp. 143-171.

Bermejo Castrillo, Manuel Ángel (ed.), *Manuales y textos de enseñanza en la Universidad liberal. VII Congreso Internacional sobre la Historia de las Universidades Hispánicas*, Madrid, Dykinson, 2004.

Bertrand, Michel, "Las élites sociales de Guatemala en vísperas de la Independencia: estructuras y dinamismos internos", en Izaskun Álvarez Cuartero y Julio Sánchez Gómez (eds.), *Visiones y revisiones de la independencia americana. México, Centroamérica y Haití*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2005, pp. 37-59.

Bianchi, Alberto B., *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007.

Bigot, Grégoire, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'Administration.*

Vicissitudes d'une ambition. 1800-1872, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999.

———, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002.

Birocchi, Italo e Antonello Mattone (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno Internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma, Viella, 2006.

Bischoff, Efrain U., *Historia de Córdoba. Cuatro siglos*, Córdoba, Plus Ultra, 1995.

Blanco Valdés, Roberto, *Rey, Cortes y Fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Madrid, Siglo XXI, 1988.

Botrel, Jean-François, *Libros, prensa y lectura en la España del siglo XIX*, Madrid, Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1993.

Bouvet, Marc, *Le Conseil d'État sous la Monarchie de Juillet*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

Brandon, Mark E., *Free in the World: American Slavery and Constitutional Failure*, Princeton, Princeton University Press, 1989.

Breña, Roberto, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación en América, 1808-1824. Una revisión historiográfica del liberalismo hispánico*, México, El Colegio de México, 2006.

Buechler, Rose Marie, *Gobierno, minería y sociedad. Potosí y el "renacimiento" borbónico, 1776-1810*, La Paz, Biblioteca Minera, 1989.

Burdeau, François, *Histoire du droit administratif*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

Burgueño, Jesús, *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

Busaall, Jean-Baptiste, *Las instituciones del reino de Navarra en el debate histórico jurídico de la revolución liberal*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, 2005.

———, "Le Règne de Joseph Bonaparte: une expérience décisive dans la transition de la *Ilustración* au libéralisme modéré", en *Historia constitucional* (revista electrónica), núm. 7, 2006, <www.historiaconstitucional.com/index.php/index>.

Caballero Juárez, José Antonio,"Derecho romano y codificación. Las sentencias de los jueces mexicanos en una época de transición, 1868-1872", en José Antonio Caballero Juárez y Óscar Cruz Barney (coords.), *Historia del Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos*

Comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-302.

Caimari, Lila, "Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernización punitiva en la Argentina (1827-1930)", en Sandra Gayol y Gabriel Kessler (comps.), *Violencias, delitos y Justicias en la Argentina*, Buenos Aires, Manantial, 2002, pp. 141-167.

———, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.

Calero Amor, Antonio M., *La división provincial de 1833. Bases y antecedentes*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1987.

Cansanello, Oreste C., "Justicias y penas en Buenos Aires. De los bandos de buen gobierno a la Constitución nacional", en Sandra Gayol y Gabriel Kessler (comps.), *Violencias, delitos y Justicias en la Argentina*, Buenos Aires, Manantial, 2002, pp. 125-140.

Caplan, Karen D., "The Legal Revolution in Town Politics: Oaxaca and Yucatán, 1812-1825", en *Hispanic American Historical Review*, núm. 83.2, 2003, pp. 255-294.

Cappellini, Paolo, "Códigos", en Maurizio Fioravanti (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho,* Madrid, Trotta, 2004, pp. 103-125.

Cappellini, Paolo e Bernardo Sordi (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio,* Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, Giuffrè, 2002.

Cárdenas, Salvador, "La imagen pública de los jueces mexicanos en el siglo XIX: una aproximación desde la arqueología judicial", en VV.AA., *Historia de la Justicia en México, siglos XIX y XX*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, I, 2005, pp. 55-88.

Caroni, Pio, *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Casado Burbano, Pablo, *Las fuerzas armadas en el inicio del constitucionalismo español*, Madrid, EDERSA, 1982.

Castan, Nicole, "La justice expéditive", en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, núm. 31/2, 1976, pp. 331-361.

Cavina, Marco, *Il potere del padre. I: Configurazioni e "ius corrigendi": lineamenti essenziali nella cultura giuridica italiana preunitaria (1804-1859). II: La scuola giuridica estense e la promozione della patria potestà nel Ducato di Modena (1814-1859)*, Milano, Giuffrè, 1995.

———, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

Celesia, Ernesto H., *Federalismo argentino. Apuntes históricos, 1815-1821*, "*Córdoba*", 3 ts., Buenos Aires, Librería Cervantes, 1932.

Chapman, Brian, *Los prefectos y la Francia provincial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959.

Chiaramonte, José Carlos, *Ciudades, provincias, Estados. Orígenes de la nación Argentina (1800-1846)*, Buenos Aires, Emecé, 1996.

———, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de la independencia*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2004.

Clagett, Helen L. y David M. Valderrama, *A Revised Guide to the Law and Legal Literature of Mexico*, Washington, Library of Congress, 1973.

Clavero, Bartolomé, "La disputa del método en las postrimerías de una sociedad: 1789-1808", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 48, 1978, pp. 307-334.

———, "La idea de Código en la Ilustración jurídica", en *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 6, 1979, pp. 49-88.

———, "*Leyes de la China*: orígenes y ficciones de una historia del derecho español", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 52, 1982, pp. 193-221.

———, "El método entre infieles o el Código en España", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 20, 1990, pp. 271-317.

———, "Prototipo constituyente: de los derechos a los poderes", en *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991a, pp. 129-158.

———, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991b.

———, "Arqueología constitucional: empleo de universidad y desempleo de derecho", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 21, 1992a, pp. 37-87.

———, "La gran innovación. Justicia de Estado y Derecho de Constitución", en Johannes-Michael Scholz (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1992b, pp. 169-188.

———, "Ley del código. Transplantes y rechazos constitucionales por España

y por América", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* núm. 23, 1994, pp. 81-194.

———, "Obra historiográfica del Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica: lectura española", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. 66, 1996, pp. 1093-1117.

———, *"Happy Constitution:* Créditos del jurado y credenciales del constitucionalismo", en su *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales,* Madrid, Trotta, 1997, pp. 41-180.

———, "Presentación" de la edición española de Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad,* Madrid, Trotta, 1998, pp. 9-21.

———, *Ama Llunku, Abya Yala:* Constituyencia *Indígena y Código Ladino por América,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000a.

———, "Cádiz como Constitución", en VV.AA., *Constitución política de la Monarquía española. Estudios,* Sevilla, Fundación El Monte-Universidad de Cádiz-Ayuntamiento de Cádiz-Casino Gaditano, 2000b.

———, "Código como fuente de derecho y desagüe de Constitución", en Paolo Cappellini y Bernardo Sordi (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio,* Atti dell" incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 69-147.

———, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas,* Berkeley, The Robbins Collection, 2005a.

———, *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la constitución de estados por América,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005b.

———, "Hemisferios de ciudadanía. Constitución española en la América indígena", en *Jornada de Homenaje al Profesor Francisco Tomás y Valiente,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006a, pp. 87-102.

———, "Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho consuetudinario del trabajo mediante", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* núm. 35, 2006b, pp. 429-546.

———, "Why American Constitutional History is not Written", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* núm. 36, vol. 2, 2007a, pp. 1445-1547.

———, *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007b.

———, "Ignorancia académica en España (1944) y privación indígena por América (1831)", en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Valencia, Universidad de Valencia, 2007c, vol. I, pp. 413-423.

———, "Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano", epílogo de Carlos Garriga y Marta Lorente, *Cádiz, 1812: La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007d., <http://www.us.es/derecho/clavero/cadiz.pdf>.

———, *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008a.

———, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008b.

Conles Tizado, Denis, *Juan Bautista Bustos. Provincia y Nación*, Córdoba, Ed. del Corredor Austral, 2001.

Crespo de Miguel, Luis, *La secularización del matrimonio. Intentos anteriores a la Revolución de 1868* (Prólogo de Francisco de Asís Sancho Rebullida), Pamplona, Universidad de Navarra, 1992.

Cruz Barney, Óscar, *La Codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Cutter, Charles, "Judicial Punishment in Colonial New Mexico", en *Western Legal History*, 8-1 (winter/spring), 1995, pp. 115-129.

Defourneaux, Marcelin, *Pablo de Olavide ou l'afrancesado (1725-1803)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1959.

Delgado del Rincón, Luis Esteban, "La configuración de la Administración de Justicia como parte de la Administración pública durante el siglo XIX español (análisis de algunos aspectos que influyeron en el proceso de burocratización de la justicia)", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, 1997, pp. 221-238.

Demerson, Georges, *Don Juan Meléndez Valdés et son temps (1754-1817)*, Paris, C. Klincksieck, 1962.

Díaz de Molina, Alfredo, "La Constitución cordobesa de 1821 y su influencia institucional", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 9, 1958, pp. 84-96.

Díaz Sampedro, Braulio, *La politización de la justicia: la designación de los magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*, Madrid, Dykinson, 2005.

Edwards, Laura F., *Gendered Strife and Confusion: The Political Culture of Reconstruction*, Urbana, University of Illinois Press, 1997.

Escobar Ohmstede, Antonio, "Del gobierno indígena al Ayuntamiento constitucional en las Huastecas hidalguense y veracruzana, 1780-1853", en *Mexican Studies/Estudios Mexicanos*, núm. 12, 1996, <http://www.lclark.edu/~tepo/Papers/escobar.pdf>.

Évrard, S., *L'Intendant de bourgogne et le contentieux administratif au XVIIIe siècle*, Paris, De Boccard, 2005.

Farris, Nancy M., *La sociedad maya bajo el dominio colonial. La empresa colectiva de la supervivencia*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

Fernández Albaladejo, Pablo, "León de Arroyal: del «sistema de rentas» a la «buena constitución»", en *Fragmentos de Monarquía*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 468-487.

———, "El cristianismo cívico de Francisco Martínez Marina", en *Materia de España. Cultura política e identidad en la España moderna*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Fernández Bajón, María Teresa, *Políticas de información y documentación en la España del siglo XIX*, Gijón, Trea, 2001.

Fernández Sarasola, Ignacio, "Opinión pública y libertad de expresión en el constitucionalismo español (1826-1845)", en *Historia Constitucional*, núm. 7 (rev. electrónica), 2006.

———, *La Constitución de Bayona (1808)*, Madrid, Iustel, 2007.

Fernández Torres, Juan Ramón, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)*, Madrid, Civitas, 1998.

Ferrer Muñoz, Manuel y María Bono López, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

Finkelman, Paul, *Slavery and the Founders: Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Armonk, M.E. Sharpe, 1996.

Fontana, Josep, *La quiebra de la monarquía absoluta 1814-1820: la quiebra del Antiguo Régimen en España*, Barcelona, Ariel, 1971 (Crítica, 2002).

Fradkin, Raúl, *El poder y la vara. Estudios sobre la justicia y la construción del Estado en el Buenos Aires rural*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

Gámez Montalvo, María Francisca, "Archivos judiciales en España. Fondos conservados en Granada y Jaen", en *Ius Commune*, núm. 22, 1996 pp. 355-366.

Garavaglia, Juan C., "Justicia rural en Buenos Aires durante la primera mitad del siglo XIX (estructuras, funciones y poderes locales)", en *Poder, conflicto y relaciones sociales. El Río de la Plata, XVIII-XIX*, Rosario, Homo Sapiens, 1999, pp. 89-121.

García Belsunce, César (dir.), *Buenos Aires 1800-1830*, t. II, "Salud y delito", Buenos Aires, Emecé, 1977.

García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1972.

———, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

García Martín, Javier, "*Leges* de Toro. Construcciones interpretativas e historiográficas", en *e-Legal History Review*, núm. 1, 2006, pp. 1-72.

García Ormaechea y Mendoza, Rafael, *Jurisprudencia del Código civil (1889-1926) recopilada y articulada conforme al mismo*, Madrid, Imprenta y encuadernación de Julio Cosano, 1928.

Garzón, Ignacio, *Crónica de Córdoba*, 3 ts., Córdoba, Ed. A. Aveta, 1898-1902.

Garriga, Carlos, "Gobierno", en Javier Fernández Sebastián y Juan Francisco Fuentes (eds.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 319-335.

———, "Las Audiencias: justicia y gobierno de las Indias", en Feliciano Barrios (coord.), *El Gobierno de un Mundo. Virreinatos y Audiencias en la América hispánica*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 711-795.

———, "Constitución política y orden jurídico en España: el *efecto derogatorio* de la Constitución de Cádiz", en Manuel Chust (coord.), *Doceañismos constituciones e independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006a, pp. 36-77; ahora en Carlos Garriga y Marta Lorente, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 119-168.

———, "La trama jurídica castellana a comienzos del siglo XVI. (Notas y materiales)", en Benjamín González Alonso (coord.), *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505* (Actas del congreso conmemorativo del V centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las leyes de Toro de 1505), Valladolid, Cortes de Castilla y León, 2006b, pp. 299-379.

———, "Sobre la autoridad de los fueros municipales en el siglo XVIII (Una lectura regalista de la primera ley de Toro)", en *Derecho, Historia y Univer-*

sidades. Estudios dedicados a Mariano Peset, Valencia, Universitat de València, 2007, vol. I, pp. 681-695.

——— y Marta Lorente, "Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión", en José María Iñurritegui y José María Portillo (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 215-271; ahora en su *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 313-372.

——— y ———, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, epílogo de Bartolomé Clavero, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Garrigós Pico, Eduardo, "La organización territorial a fines de Antiguo Régimen", en *La economía española al final del Antiguo Régimen*, t. IV (Instituciones), Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 19-105.

Ghirardi de Hillar, Mónica M., *La campaña cordobesa a través de los procesos judiciales (1835-1839)*, Córdoba (ed. de la autora), 1986.

Gil Ljubetic, Rodrigo, "Las *Leyes del Estilo* en Chile antes de la entrada en vigencia del *Código Civil*", en *Revista de Historia del Derecho Privado*, núm. 1, 1998, pp. 189-218.

Giuliani, Alessandro y Nicola Picardi (coords.) *L'educazione giuridica. I: Modelli di Università e Progetti di riforma*, Perugia, Librería Universitaria, 1975.

——— (coords.), *L'educazione giuridica. II: Profili storici*, Perugia, Librería Universitaria, 1979.

Godechot, J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

Gómez Gómez, Margarita, *Forma y expedición del documento en la Secretaría de Estado y del Despacho Universal de Indias*, Universidad de Sevilla, 1993.

———, *Actores del documento: oficiales, archiveros y escribientes de la Secretaría de Estado y del Despacho de Indias*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

———, "La nueva tramitación de los asuntos indianos en el siglo XVIII: de la Vía de Consejo a la Vía Reservada", en Feliciano Barrios (coord.), *El Gobierno de un Mundo. Virreinatos y Audiencias en la América Hispánica*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, pp. 203-250.

———, "Gobernar la palabra: los oficios de pluma como agentes de la administración pública en Indias", en *Jornadas sobre élites urbanas en Hispa-*

noamérica. Grupo de investigación sobre élites urbanas en Hispanoamérica y el Caribe en el siglo XVIII, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 541-555.

Gómez Rivero, Ricardo, *Los jueces del Trienio Liberal*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2006.

González, María del Refugio, *El Derecho Civil en México, 1821-1871. (Apuntes para su estudio)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

Goody, Jack, *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*. Madrid, Alianza, 1990.

——— e I. Watt, "Las consecuencias de la cultura escrita", en Jack Goody (comp.), *Cultura escrita en sociedades tradicionales*, Barcelona, Gedisa, 1996, pp. 39-82.

Grossi, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

———, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

———, "*Code Civil:* una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* núm. 35, 2006, pp. 83-114.

Guerra, François Xavier, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, Mapfre-Fondo de Cultura Económica, 1992, 2000.

——— y Annick Lempérière, *et al.*, *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX,* México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Guzmán Brito, Alejandro, "El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 12, 1997-1998, pp. 237-256.

———, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Madrid, Aranzadi, 2006.

Halpérin, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, Presses Universitaires de France, 1992.

———, *Histoire de droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

———, *Le Code civil*, 2a. ed., Paris, Dalloz, 2003.

———, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nous jours* (nouvelle édition mise à jour), Paris, Flammarion, 2006.

Hart, Herbert L.A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, reimpr. 2a. ed., 1998 (edición original inglesa, 1961).

Herzog, Jacques Bernard, *Le droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne. Essai sur les conditions de création du Droit par la Juridiction de Cassation*, Toulouse, Université de Toulouse-Faculté de Droit, 1942.

Herzog, Tamar, *Vecinos y extranjeros. Hacerse español en la edad moderna*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

Hespanha, Antonio Manuel, *La Gracia del Derecho, Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

———, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.

Johnson, Lyman L. (ed.), *The Problem of Order in Changing Societies*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1990.

Laína Gallego, José María, *Libertad y consentimiento paterno para el matrimonio en la legislación española (De la Pragmática de Carlos III al Proyecto de Código Civil de 1851)*, Madrid, Universidad Complutense, 1992 (tesis doctoral reprografiada).

La Parra, Emilio, *El primer liberalismo y la Iglesia. Las Cortes de Cádiz*, Alicante, Instituto Juan Gil Albert, 1985.

———, *Manuel Godoy. La aventura del poder*, Barcelona, Tusquets, 2002.

Lara, Manuel José de, *Un heterodoxo en la Huelva de la Ilustración: Miguel Ignacio Pérez Quintero*, Huelva, Diputación Provincial de Huelva, 1995.

Lawson, Gary y Guy Seidman, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, New Haven, Yale University Press, 2004.

Lempérière, Annick, *Entre Dieu et le Roi, la République. Mexico, XVe-XIXe siècles*, Paris, Les Belles Letres, 2004.

Levaggi, Abelardo, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978.

Lira, Andrés, "Orden público y jurisdicción en el siglo XIX. El contencioso administrativo español visto desde el constitucionalismo mexicano", en *Istor*, núm. 16, 2004, pp. 195-206.

Liss, Peggy K. L, *Los imperios trasatlánticos. Las redes del comercio y de las revoluciones de Independencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

Lorente, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

———, "Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica", en Johannes-Michael Scholz (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la*

justicia contemporánea en España, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1992, pp. 215-296.

———, "De la Revista al Diccionario: Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en la España decimonónica", en Víctor Tau Anzoátegui (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, pp. 243-287.

———, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

———, "De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para procesar a los funcionarios públicos", en VV.AA., *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, València, Universitat de València, 2007, vol. II, pp. 117-127.

——— (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

Luján Muñoz, Jorge, "Del derecho colonial al derecho nacional: el caso de Guatemala", en *Jarhbuch für Geschichte Lateinamerikas*, núm. 38, 2001, pp. 85-107.

Luque Columbres, Carlos, *Abogados en Córdoba del Tucumán*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1943.

———, "En torno a la extinción del cabildo de Córdoba" en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 12, 1984, pp. 217-228.

MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, trad. Amelia Valcárcel, 2a. ed., Barcelona, Crítica, 2004.

Maestrojuan Catalán, Francisco Javier, "Bibliografía de la Guerra de la Independencia española", en *Hispania Nova*, núm. 2 (2001-2002).

Mannori, Luca y Bernardo Sordi, *Storia del diritto amministrtivo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

———, "Justicia y administración", en Maurizio Fioravanti (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 65-102.

Mariluz Urquijo, José M., "La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreinato", en *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1952, vol. II, pp. 271-291.

Martin, Xavier, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003.

Martínez Neira, Manuel, "Lecturas antiguas y lecturas ilustradas. Una aproxi-

mación a los primeros manuales jurídicos", en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 1, 1998, pp. 149-209.

———, *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Madrid, Dykinson, 2001.

Martínez Pérez, Fernando, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

———, "*Ley expresa, clara y terminante.* Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español", en *Historia Constitucional. Revista electrónica*, núm. 3, 2002, <http://hc.rediris.es/tres/indice.html>.

———, "Juzgar sin ser juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional", en Manuel Chust (coord.), *Doceañismos, constituciones e independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006a, pp. 79-97.

———, "La función consultiva y el Consejo de Estado gaditanos", en *Historia Contemporánea*, 33, 2006b, pp. 557-580.

———, "Estrépito de Tribunales. Competencias de jurisdicción en la América de Carlos IV", en Eduardo Martiré (dir.), *La America de Carlos IV. Cuardernos de Investigaciones y Documentos*, vol. III, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2007, pp. 11-96.

———, "La Constitución de Bayona y la experiencia constitucional josefina", en *Historia y Política*, núm. 19, enero-junio 2008, pp. 151-171.

——— y Reinaldo López, "Los magistrados del Tribunal Supremo (1838-1848). Una aproximación prosopográfica a la 'justicia moderada'", en *Jueces para la democracia*, núm. 15, 1992, pp. 36-42.

Martiré, Eduardo, *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, 2005.

Mas Galván, Cayetano, "Una teoría constitucional española de ¿1805?", en Pedro Molas (ed.), *La España de Carlos IV. I Reunión Científica de la Asociación de Historia Moderna*, Madrid, Tabapress, 1991.

Mayorga García, Fernando, "Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 14, 1991, pp. 291-313.

Meccarelli, Massimo, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milán, Giuffrè, 1998.

Melón, Amando, "El mapa prefectural de España (1810)", en *Estudios Geográficos*, núm. XIII, 1952, pp. 5-72.

Mercader Riba, Juan, *José Bonaparte rey de España (1808-1813). Estructura del Estado español bonapartista*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Historia Jerónimo Zurita, 1983.

Mestre, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

Mirow, Matthew C., *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin, University of Texas Press, 2004.

Mora Cañada, Adela, "En los comienzos de la codificación civil española", en *Forum Historiae Iuris*, 2005, <http://www.forhistiur.de/zitat/0508mora.htm>.

Morales Payán, Miguel Ángel, *La justicia penal en la Almería de la primera mitad del siglo XIX*, Almería, Universidad, 1998.

Morelli, Federica, *Territorio o nación. Reforma y disolución del espacio imperial en Ecuador, 1765-1830*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Moreno Pastor, Luis, *Los orígenes del Tribunal Supremo (1812-1838)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.

Moreso, José Juan y Pablo Eugenio Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Muñoz de Bustillo, Carmen, *Bayona en Andalucía: el Estado bonapartista en la Prefectura de Xerez*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

———, "Los antecedentes de las diputaciones provinciales o la perpleja lectura de un pertinaz lector", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67-II, 1997, pp. 1179-1192.

———, "Los *otros* celadores del orden constitucional doceañista: diputaciones provinciales y ayuntamientos constitucionales", en José María Iñurritegui y José María Portillo (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 179-213.

———, "La justicia no letrada del primer constitucionalismo español", en Andrea Romano (ed.), *Il modelo costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterránea tra la fine del 700 e la primà metà dell'800*, Milán, Giuffrè, 1999, pp. 285-324.

———, "Bayona y Cádiz: entre manipulación y legitimidad", en *De Curia semel in anno facienda. L'esperienza parlamentare siciliana nel contesto europeo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp.149-182.

Nieto, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona, Ariel, 1996.

Oliván, Alejandro, *De la Administración pública en relación a España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954.

Olivier-Martin, Bernard, *Le Conseil d'État et la Restauration*, thèse de droit, Paris, 1941.

Olivier-Martin, François, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

Olson, David R., *El mundo sobre el papel: el impacto de la escritura y la lectura en la sociedad del conocimiento*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Pallarés, José, *León de Arroyal o la aventura intelectual de un ilustrado*, Granada, Universidad de Granada, 1993.

Palti, Elías José, *La invención de una legitimidad. Razón y retórica en el pensamiento mexicano del siglo XIX. (Un estudio sobre las formas del discurso político)*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

Paquette, Gabriel, *Enlightenment, Governance, and Reform in Spain and its Empire, 1759-1808*, New York, Palgrave Macmillan, 2008.

Paredes, Javier, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial: 1834-1870*, Madrid, Civitas, 1991.

Payen, Philippe, *Les arrêts de règlement du Parlament de Paris au XVIIIe siècle. Dimension et doctrine*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

———, *La physiologie de l'ârret de règlement du Parlement de Paris au XVIIIe siècle*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

Peña, Roberto I., "La aplicación del derecho castellano-indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810 a 1820)", en *I Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 18, 1967, pp. 129-169.

———, "Los jueces pedáneos en la Provincia de Córdoba (1810-1856). Algunos aspectos de sus atribuciones", en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 2, 1974, pp. 121-148.

Perdices, Luis, *Pablo de Olavide (1725-1803). El ilustrado*, Madrid, Universidad Complutense, 1992.

Peset Reig, Mariano, "Universidades y enseñanza del derecho durante las re-

gencias de Isabel II (1833-1843)", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. 39, 1969, pp. 481-544.

———, "El plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las facultades de Derecho", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. 40, 1970, pp. 613-651.

———, "La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 2a. época, núm. 62, 1971, pp. 605-672.

———, "La primera codificación liberal en España (1808-1823)", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 48, 1972, pp. 125-157.

———, "Análisis y concordancias del Proyecto de Código Civil de 1821", en *Anuario de Derecho Civil,* núm. 28, 1975a, pp. 29-100.

———, "Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. 45, 1975b, pp. 273-339.

——— y José Luis Peset Reig, *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca. Plan general de estudios dirigido a la Universidad de Salamanca por el Real y Supremo Consejo de Castilla en 1771,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1969.

——— y ———, *La Universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal,* Madrid, Taurus, 1974.

——— y ———, *Carlos IV y la Universidad de Salamanca,* Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1983.

——— y María Paz Alonso Romero, "Las Facultades de Leyes", en Luis Enrique Rodríguez-San Pedro Bezares (coord.), *Historia de la Universidad de Salamanca,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, vol. III-1, pp. 21-73.

Petit, Carlos, "El Código inexistente (i). Para una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX", en *Anuario de Derecho Civil,* núm. 48, 1995, pp.1429-1465.

———, "El Código inexistente (ii). Por una arqueología de la Civilística española", en *Anuario de Derecho Civil,* núm. 49, 1996, pp. 1415-1450.

Petronio, Ugo, *La lotta per la codificazione,* Torino, Giappichelli editore, 2002.

Petrucci, Armando, *Alfabetismo, escritura, sociedad,* Barcelona, Gedisa, 1999.

Portillo Valdés, José María, "La libertad entre evangelio y constitución: notas para el concepto de libertad política en la cultura española de 1812", en José María Iñurritegui y José María Portillo (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 139-177.

———, *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 2000.

———, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Marcial Pons y Fundación Carolina, 2006.

Punta, Ana I., *Córdoba borbónica. Persistencias coloniales en tiempos de reformas (1750-1800)*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1997.

Ramos Núñez, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América latina*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

———, *Historia del Derecho Civil Peruano. Siglos XIX y XX*, t. I., *El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo Vidaurre*, t. II, *La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852*, t. IV, *Legislación, abogados y exégetas*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, 2001, 2003.

Reséndez, Andrés, *Changing National Identities at the Frontier: Texas and Mexico, 1800-1850*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Risco, Antonio, *La Real Academia de Santa Bárbara de Madrid (1730-1808). Naissance et formation d'une élite dans l'Espagne du XVIIIème siècle*, Toulouse, Université de Toulouse-Le Mirail, 1979.

Robertson, Lindsay Gordon, *Conquest by Law: How the Discovery of America dispossessed indigenous peoples of their lands*, New York, Oxford University Press, 2005.

Rodríguez, Jorge L., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Rodríguez de Diego, José Luis, "Evolución histórica del expediente", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 68, 1998, pp. 475-490.

Roldán Verdejo, Roberto, *La Ley de Matrimonio Civil de 1870. Historia de una ley olvidada*, Granada, Universidad-Instituto de Historia del Derecho (Opera Iuridica ad Iurisprudentiam Expectantia. Series Maior IV. Prólogo de José Manuel Pérez-Prendes), 1980.

Romano, Silvia, *Economía, sociedad y poder en Córdoba. Primera mitad del siglo XIX*, Córdoba, Ferryera Editor, 2002.

———, "Instituciones coloniales en contextos republicanos: los jueces de la campaña cordobesa en las primeras décadas del siglo XIX y la construcción del Estado provincial autónomo", en Fabián Herrero, *Revolución. Política e ideas en el Río de la Plata durante la década de 1810*, Buenos Aires, Ediciones Cooperativas, 2004, pp. 167-200.

Romero Tallafigo, Manuel, *Historia del documento en la Edad Contemporánea: la comunicación y la representación del poder central de la Nación*, Sevilla (Carmona), S&C, 2002a.

———, "Del registro general del sello al registro general de entrada y salida de documentos: la introducción del 'registratur' centroeuropeo en la España liberal", en María Antonia Morán Suárez y María del Carmen Rodríguez López (coords.), *La documentación para la investigación: homenaje a José Antonio Martín Fuertes*, León, Universidad de León, 2002b, vol. II, pp. 537-582.

———, "Nuevo régimen liberal, nuevos símbolos, nuevas formas documentales: aproximación metodológica", en *Diplomática antigua, diplomática moderna,* Gobierno de la Región de Murcia, Consejería de Educación y Cultura, 2005, pp. 177-200.

Royer, Jean Pierre, *Histoire de la justice en France de la Monarchie absolue à la République,* Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

Sainz Guerra, Juan, *La administración de Justicia en España (1810-1870)*, Madrid, EUDEMA, 1992.

Salvatore, Ricardo D., "El imperio de la ley. Delito, Estado y sociedad en la era Rosista", en *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, vol. 3, núm. 4 y 5, 1993-1994, pp. 93-118.

———, "Consolidación del régimen Rosista (1835-1852)", en Noemí Goldman (dir.), *Revolución, República, Confederación (1806-1852). Nueva Historia Argentina*, 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 2005, t. III, pp. 323-379.

———, Carlos Aguirre y Joseph Gilbert M. (eds.), *Crime and Punishment in Latin America*, Durham & London, Duke University Press, 2001.

San Martino de Dromi, María L., *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1994.

Sanz Cid, Carlos, *La Constitución de Bayona*, Madrid, Editorial Reus, 1922.

Sarrión Gualda, José, "La Instrucción de 23 de junio de 1813 para el Gobierno Económico-político de las provincias y la *rebelión* de sus Diputaciones", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67-II, 1997, pp. 1193-1213.

Schiera, Pierangelo, "A policia como síntese de ordem e de bem-estar no moderno Estado centralizado", en António M. Hespanha (ed.), *Poder e instituiçoes na Europa do Antigo Regime,* Lisboa, 1984, pp. 307-319.

Scholz, Johannes-Michael, "La compétence judiciaire. Sur l'histoire contemporaine de la justice espagnole", en Johannes-Michael Scholz (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1992, pp. 297-348.

——— (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1992.

——— (ed.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1994.

———, "Escalafones y legitimidad judicial. Hacia una prosopografía adecuada", en Juan Luis Castellano (ed.), *Sociedad, Administración y poder en la España del Antiguo Régimen*, Granada, Universidad de Granada, 1996, pp. 177-195.

———, "Relatores et magistrados. De la naissance du juge moderne au XIXe siècle espagnol", en Robert Descimon, Jean-Frédéric Schaub, Bernard Vincent (dirs.), *Les figures de l'administrateur. Institutions, réseaux, pouvoirs en Espagne, en France et au Portugal. XVIe-XIXe siècle*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1997, pp. 151-164.

———, *Gerechtigkeit verwalten. Die spanische Justiz im Übergang zur Moderne*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2003.

Schwarzenbach, Sibyl A. y Patricia Smith (eds.), *Women and the United States: History, Interpretation, and Practice*, New York, Columbia University Press, 2003.

Scott, Rebecca J., *Degrees of Freedom: Louisiana and Cuba after Slavery*, Cambridge, Harvard University Press, 2005.

———, Thomas C. Holt, Frederick Cooper y Aims Mcguinness (eds.), *Societies after Slavery: A Select Annotated Bibliography of Printed Sources on Cuba, Brazil, British Colonial Africa, South Africa, and the British West Indies*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2002.

Secrest, William B., *When the Great Spirit Died: The Destruction of California Indians, 1850-1860*, Sanger, Word Dancer, 2003.

Serrano, Antonio, "O juiz como categoria administrativa. Sobre a semântica estatal na Espanha do século XIX", en *Penélope*, núm. 6, 1991, pp. 73-91.

———, "'Chocolate a la española': formación y afección de jueces en el siglo XIX", en Aldo Mazzacane y Cristina Vano (eds.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Nápoles, Jovene, 1994, pp. 423-462.

———, "Gordura y magistratura: la desgracia del juez Jabalquinto", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. 67, 1997, vol. II, pp. 1465-1495.

Serván Reyes, Carmen, "Como losa de plomo: el derecho a la libre expresión del pensamiento en el constitucionalismo del 1869", en José María Iñurritegui y José María Portillo (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 397-423.

———, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

Slatta, Richard y Karla Robinson, "Continuities in Crime and Punishment: Buenos Aires, 1820-1850", en Lyman L. Johnson (ed.), *The Problem of Order in Changing Societies: Essays on Crime and Policing in Argentina and Uruguay, 1750-1940,* Albuquerque, University of New Mexico Press, 1990, pp. 19-45.

Solla Sastre, María Julia, "Finales como principios. Desmitificando la Ley orgánica de tribunales de 1870", en *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. 77, 2007, pp. 427-466.

Stanley, Ami Dru, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation,* Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

Statham, E. Robert Jr., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations,* Lanham, Lexington Books, 2002.

Szuchman, Mark D., "Disorder and Social Control in Buenos Aires, 1810-1860", en *Journal of Interdisciplinary History,* núm. 15-I, 1984, pp. 83-110.

——— y Jonathan C. Brown (comps.), *Revolution and Restoration: The Rearrangement of Power in Argentina, 1776-1860,* Lincoln and London, University of Nebraska Press, 1994.

Tandeter, Enrique, *Coacción y mercado. La minería en el Potosí colonial, 1692-1826,* Madrid, Siglo XXI, 1992.

Tau Anzoátegui, Víctor, "La administración de justicia en las provincias argentinas (1820-1853). Planteo preliminar", en *Revista de Historia del Derecho,* núm. 1, 1973, pp. 205-249.

———, *La codificación en la Argentina (1810-1870),* Buenos Aires, 1977.

———, "Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina", en *Revista de Historia del Derecho,* núm. 10, 1982, pp. 267-371.

———, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

Ternavasio, Marcela, "Entre el cabildo colonial y el municipio moderno: los juzgados de paz de campaña en el Estado de Buenos Aires, 1821-1854", en Marco Bellingeri (coord.), *Dinámicas de Antiguo Régimen y orden constitucional. Representación, justicia y administración en Iberoamérica. Siglos XVIII y XIX*, Torino, Otto Editore, 2000, pp. 295-336.

Tomás y Valiente, Francisco, "De la administración de justicia al poder judicial", en VV.AA., *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, pp. 11-31.

———, "Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas Leyes fundamentales a una sola Constitución", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm, 65, 1995, pp. 13-125.

Tormo Camallonga, Carlos, *El Colegio de Abogados de Valencia entre el Antiguo Régimen y el liberalismo*, Valencia, Universitat de València, 2004.

Torre Revello, José, *El marqués de Sobre Monte, gobernador intendente de Córdoba y virrey del Río de la Plata*, Buenos Aires, Peuser, 1946.

Torreblanca López, Agustín y Concepción Mendo Carmona, "Estructura del expediente administrativo según las fuentes legales", en *Documento y archivo de gestión: Diplomática de ahora mismo*, Carmona (Sevilla), S&C Ediciones, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, 1994, pp. 109-170.

Torremocha Hernández, Margarita, *Ser estudiante en el siglo XVIII. La universidad vallisoletana de la Ilustración*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 1991.

———, *La enseñanza entre el inmovilismo y las reformas ilustradas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993.

Torres Campos, Manuel, *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política, 1800-1880, con tres apéndices relativos a la bibliografía extranjera sobre el Derecho español, a la hispano-americana y a la portuguesa-brasileña* [...]. [t. I] Parte Primera, *Bibliografía española*. [t. II] (Conclusión). *Bibliografía de 1881 a 1896* [...], Madrid, Librería de D. Fernando Fe, 1883 y 1897.

Troper, Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

———, *Terminer la Révolution: La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006.

Uitz, Renáta, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005.

Uribe-Uran, Víctor M., "The Changing Meaning of Honor, Status, and Class. The *Letrado* and Bureaucrats of New Granada in the Late Colonial and Early Postcolonial Period", en Víctor M. Uribe-Uran (ed.), *State and Society in Spanish America during the Age of Revolution*, Wilmington, SR Books, 2001, pp. 59-67.

———, *State and Society in Spanish America during the Age of Revolution*, Wilmington, SR Books, 2001.

Urueña, Jaime, *Nariño, Torres y la Revolución francesa*, Bogotá, Aurora, 2007.

Vallejo, Jesús, "Historia del proceso, procedimiento de la historia. Diez años de historiografía procesal en España (1978-1988)", en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente (eds.), *Hispania, entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, Giuffrè, 1990, vol. II, pp. 885-921.

———, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

———, "Orden, libertad, justicia. Figuración constitucional republicana (1873)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67 (Homenaje al Pfr. Dr. D. Francisco Tomás y Valiente), 1997, pp. 821-845.

———, "De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio", en Pablo Fernández Albaladejo (ed.), *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII* (Actas del coloquio internacional celebrado en Madrid, mayo de 2000), Madrid, Casa de Velázquez-Marcial Pons, 2001, pp. 423-484.

———, "Vida castellana de la muerte civil. En torno a la ley cuarta de Toro", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 31 (Homenaje al Pfr. Dr. D. Manuel González Jiménez), 2004, pp. 671-685.

———, "Indicio liberal de la muerte civil. El proyecto de código de 1821 y la definición del sujeto de derechos", en VV.AA., *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, València, Universitat de València, 2007a, pp. 765-775.

———, "Justicia en casos. Garantía, código y prueba en el procedimiento penal decimonónico", en Marta Lorente (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007b, pp. 325-360.

———, "Biografía intermitente de Miguel Ayllón Altolaguirre", en Carlos Petit (ed.), *Vidas por el derecho. Biografías profesionales de juristas (siglos XVIII-XX)*, Huelva, Universidad, 2008.

VanBurkleo, Sandra F., *'Belonging to the World': Women's Rights and American Constitutional Culture*, New York, Oxford University Press, 2001.

Van Young, Eric, "Conclusion- Was There an Age of Revolution in Spanish America?", en Víctor M. Uribe-Uran (ed.), *State and Society in Spanish America during the Age of Revolution*, Wilmington, SR Books, 2001, pp. 219-246.

Varela, Javier, *Jovellanos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.

Varela, Joaquín, "Retrato de un liberal de izquierda: Álvaro Flórez Estrada", en *Asturianos en la política española. Pensamiento y acción*, Oviedo, KRK, 2006.

Vile, M.J.C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford University Press, 1967.

Viñao Fragó, Antonio, *Leer y escribir: historia de dos prácticas culturales*, México, Fundación Educación, Voces y Vuelos, 1999.

Viora, Mario, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3a. ed., Torino, Giappichelli, 1967.

Von Wobeser, Gisela, *Dominación colonial. La consolidación de vales reales, 1804-1812*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

VV.AA., *La administración de justicia en la historia de España. Actas de las III Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación de archivos: Guadalajara 11-14 de noviembre de 1997*, 2 vols, Guadalajara, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha-ANABAD Castilla-La Mancha, 1999.

Weber, David J., *Bárbaros. Los españoles y sus salvajes en la época de la Ilustración*, Barcelona, Crítica, 2007.

Zimmermann, Eduardo (ed.), *Judicial Institutions in Nineteenth-Century Latin America*, London, Institute of Latin American Studies, 1999.

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Abigeato: 290.
Abogacía, abogados: 108-110, 112, 114, 115, 118, 122-130, 132-134, 272.
Abrogación: ver "derogación".
Academias universitarias: 120, 124, 125, 127, 131 n. 24, 132;
  de práctica: 115, 123, 127.
Actos y ejercicios académicos: 108, 112-115, 117, 119-122.
Alcaldes:
  de barrio: 271, 292;
  constitucionales: 154, 159, 191, 220, 238, 241, 255-260;
  ordinarios: 271, 276, 287, 296;
  de la Santa Hermandad: 271, 287.
Analfabetismo: 149, 154, 157.
Antropología: 145.
Arbitrio judicial: 64, 65, 274, 281, 284, 294, 296, 301.
Asamblea de Bayona: 203.
Asamblea Nacional (Francia): 317-319.
Asesores letrados: ver "letrados".
Audiencia(s): 96, 220, 253-255;
  de Buenos Aires: 271, 272, 274, 276, 302.
Auto "con todos cargos": 297.
Autonomía indígena: 144, 153, 165.
Ayuntamientos constitucionales: 152, 157, 221-228, 251, 326-328.
Azotes (pena de): ver "pena de azotes".

C

Cartas constitucionales: ver "Constituciones francesas".
Celeridad de la justicia: 249, 250, 273.
Ciudadanía indígena: 142 y ss.

Code Napoléon: 86-89, 92.
Codex Iustinianeus: 86.
Codificación, código: 61, 67, 70, 72-75, 78, 81, 84-98, 240, 246.
Código Civil:
de Chile (1855): 89, 90, 91 n. 32;
de Argentina (1869): 89, 90;
de Perú (1852): 89, 90, 91 n. 32;
de México, D. F. (1870): 83, 84, 90-96, 98;
para el Gobierno del Estado Libre de Oaxaca (1827-1829): 88;
español (1889): 88, 90, 91, 96-98; ver "Proyecto de Código Civil";
"Título preliminar".
Código penal:
español (1822): 183, 248;
español (1870): 189.
Colonialismo constitucional: 154, 155, 159, 160, 168, 170.
Comisarías regias, comisarios regios: 203, 204, 206, 207.
Competencia jurisdiccional: 252, 259.
Conchabo (obligación de, papeleta de): 288, 292, 300.
Conciliación: 258, 259, 284.
Confederaciones indígenas: 165, 166.
Confesión: 274, 275, 284, 289, 297-299.
Consejo:
de España e Indias: 214;
de Estado: 41, 42, 204;
de Estado (España): 204, 323, 338;
de Estado (Francia): 320, 321, 332-334;
Real: 216.
Consejos:
de la Monarquía: 45, 230, 241, 317, 322;
de prefectura: 206, 208, 321;
provinciales: 336.
Constitución:
argentina (1853): 285, 291;
de Bayona: 202, 205, 208, 322, 323;
de Cádiz (1812): 32, 39, 40, 42, 47, 53, 68-75, 130-132, 141 y ss.,
179, 180, 210-212, 223-229, 238, 239, 241, 243-245, 247, 249, 252 y ss.,
308-310, 322 y ss., 351;
de California (1849): 166, 167;

de las Provincias Unidas (1819): 44;
colombiana (1811): 74;
de Córdoba, Argentina (1821): 270, 285-289, 296, 298;
de Texas (1836): 162. Ver "Constituciones".
española de 1837: 177-179, 335, 351;
española de 1845: 177-179, 334-336, 351;
española de 1869: 173-178, 339, 351;
española de 1876: 334, 351;
mexicana de 1824: 74, 141, 153-160 (con referencias a las constituciones estatales), 250, 329;
mexicana de 1857: 75, 91, 92, 141, 168, 340;
norteamericana (1787): 159, 160;
peruana de 1823: 329;
Constitución histórica: 29 y ss., 67.
Constituciones francesas: 47, 283, 320, 321, 323;
cartas constitucionales (1814-1830): 331-333.
Consulta (con tribunal superior): 269, 273-277, 283, 288, 289, 292, 300.
Corporación(es): 63, 76, 85, 184, 185, 326-330.
Corpus Iuris Canonici: 109, 112.
Corpus Iuris Civilis: 109, 110, 113, 114, 116, 121.
Corte Suprema de Justicia de la Nación (México): 95, 96, 250, 251.
Corrección doméstica: ver "poder doméstico".
Corregidor: 206, 209.
Costumbre: 63, 64, 83, 86, 90, 91, 97, 216.
Crisis de la Monarquía: 27, 28, 32, 42, 43, 45, 67, 73, 257.
Cuerpos provinciales: 212, 213.
Cultura escrita constitucional: 348, 350-352, 374, 376, 377.

D

Deberes del hombre: 282, 286.
Departamentos: 201-203.
Depuraciones: 238, 245.
Derecho del enemigo: 168.
Derecho natural y de gentes: 123-125, 130, 132.
Derecho(s) patrio(s) (derecho propio, derecho regio): 66, 67, 74-84, 109, 111, 113, 116-118, 121-129, 131-135.
Derecho de petición: 350, 351.
Derecho romano: 66, 86, 111, 117, 124-126, 128, 129, 131, 132.

Derecho transitorio: 93, 97.
Derechos: 32, 53, 62, 63, 65, 73, 75, 91, 93, 98, 160, 253, 262, 282, 286, 313, 321, 333, 337, 339;
adquisición y pérdida de los: 175-178;
civiles y de ciudadanía: 27, 34, 47, 49, 52, 146, 147, 151, 155, 156, 163, 168, 171, 176, 178, 179, 181, 182, 279, 309, 311, 319, 326, 332, 348, 352, 356, 360, 362, 373-375;
del hombre: 47, 51, 280, 283, 309, 311;
ilegislables: 173-178, 186.
Derechos forales: 89-91, 97, 98.
Derogación: 62, 66, 67, 69, 70, 71-75, 78, 80, 86, 87, 89, 90, 91, 93, 94.
Despotismo: 39-41, 43, 53, 72.
Diccionarios jurídicos: 81-83.
Diputaciones provinciales: 71, 151, 152 y ss., 218-228, 326, 327-329.
Disenso paterno: 188-195.
División de poderes: ver "separación de poderes".
División del territorio: ver "organización territorial".
Doctrina legal: 83, 84, 96.

E
Economía política: 27, 28, 33, 34, 36, 40-42, 49, 51, 125, 128-131.
Emancipación: 188.
Empleado público: 71, 353, 357, 358, 361, 362, 365, 366, 370, 373-376.
Esclavitud: 149, 150, 155, 161, 171, 174, 184.
Estado civil: 177.
Estado de desnudez: 158.
Estado moderno: 236, 237, 239, 243.
Expediente administrativo: 351, 352, 357-364, 366-376, 378.
Extracto general del expediente: 357, 360-365, 367, 374.
Extranjería: 177.

F
Federalismo: 155 y ss., 212, 228.
Filosofía moral: 121, 129.
Firma letrada: 279, 280.
Firmas y rúbricas: 360, 365-368.
Fuentes, fuentes del derecho: 75, 90, 95, 96, 98, 240, 253, 254.

Fuero Juzgo: 94.
Fuero Real: 111.
Fueros privilegiados: 259.

G
Género: 149, 168, 169, 171.
Genocidio: 160, 164, 165, 167, 170, 171.
Gobernador: 271, 273, 275, 280, 287-289, 291;
civil: 191;
Intendente: 271, 276-278, 281.
Grados académicos:
de bachiller: 112, 119, 128, 129, 132;
de licenciado: 113, 119, 121, 122, 128, 129, 132.

H
Historiografía, historiografía constitucional: 27-29, 31, 43, 45, 54, 76, 84, 85, 141 y ss., 235-237, 262, 263, 268, 309 y ss.
Humanismo jurídico: 115, 116.

I
Igualdad: 174.
Ilustración: 32, 40-42, 54, 66, 67, 72, 294.
In dubio pro reo: 270.
Inamovilidad judicial: 237, 238, 245-247.
Incapacidad moral: 151, 157.
Independencia(s): 73-74, 81, 142, 146, 147, 153, 155, 161, 162, 239, 268.
Independencia judicial: 237, 238, 245.
Individualidad: 184-185.
Individualismo: 246.
Injurias: 294.
Instituta, Institutiones: 116-118, 120, 121, 123, 126, 127, 131, 132.
Institutistas: 80, 81.
Intendencias, intendentes: 203, 204, 207, 208, 229.
Instrucción pública: 350, 351, 377.
Interpretación (reglas de): 64, 66, 67, 69, 78, 79, 87, 88, 91, 94, 95, 96.
Iudex perfectus (doctrina del): 290.
Ius commune, derecho común: 62, 64, 84, 108, 109.

J
Jefes políticos: 161, 223, 224, 226, 227, 229, 325, 327, 328.
Jerarquía normativa: 77, 79, 87, 88, 90, 91.
Jueces: 65, 87, 91, 110, 112, 115, 122, 125, 128, 189, 193, 194, 245-248, 264;
legos: 241, 271, 272;
letrados: 241, 257, 264;
ordinarios: 275, 279, 288, 289, 292, 296, 300;
pedáneos: 271, 276, 285, 287-289, 291, 292, 296, 300;
pedáneos de alzada, 287, 289, 292, 300;
de primera instancia: 219, 220, 255-259;
profesionales: 241; ver "alcaldes", "justicia".
Juicios: 248-250.
Junta:
Central: 212-217;
general de prefectura: 206, 208;
general de subprefectura: 206, 208, 209;
municipal: 206, 209;
provincial de Cádiz: 217, 218;
de Sevilla: 217.
Juntas:
locales: 212;
de presidencia: 214;
provinciales: 212, 213, 215-217;
superiores de observación y defensa: 212, 214.
Jurados: 241, 242, 260, 261, 264, 279.
Juramento (procesal): 280, 298, 299.
Jurisprudencia: 64, 78 y ss., 90, 93, 95, 96, 143 y ss.
Justicia:
administrativa (España, 1845-1868): 334-339;
municipal: 242;
penal: 267, 268, 279, 278, 284, 287, 294, 300;
de primera instancia: ver "jueces de primera instancia".

L
Legalidad (orden de, principio de, garantía de): 281, 286, 292, 293; ver "jerarquía normativa".
Legicentrismo: 240; ver "orden jurídico legal".

Letrados (asesores): 260, 272, 277, 287.
Ley:
concepto de: 63, 75, 82, 83, 87, 88, 90, 91, 240, 244, 246, 281;
publicación, publicidad de la: 76, 77, 87, 90, 91;
divina: 293;
expresa: 83, 292, 293;
primera de Toro: ver "orden de prelación".
Ley(es):
fundamental(es): 45, 50, 68, 69, 71, 74;
reales: 64-67, 70, 72;
vivas: 66, 80.
Leyes españolas:
Ley de convocatoria de Cortes constituyentes, 1873: 187;
Ley de disenso paterno de 1862: 188-195;
Ley electoral de 1870: 186, 187;
Ley de matrimonio civil de 1870: 188-195.
Leyes protectoras de la religión católica: 282, 286.
Leyes de Toro: 78, 97, 113, 121, 128, 129; ver "orden de prelación".
Libertad de imprenta: 350, 351, 377.
Libros prohibidos: 123.

M
Magistrados: 281, 286, 294; ver "jueces".
Matrimonio civil: 188-195.
Mayoría de edad: 186-188.
Método dialéctico: 111, 112, 116, 120, 134.
Milicias locales: 227, 228.
Minoría no indígena: 154, 168.
Misiones religiosas: 151, 152, 165.
Ministerio: 353, 356, 358, 359, 360, 364, 366, 367, 375, 376;
de Estado: 367, 370, 372, 376, 378;
de Fomento: 367, 368, 373, 376;
de la Gobernación: 358, 360, 363, 366, 367, 370-372, 378;
de Hacienda: 368;
de Marina: 367.
Ministerio de papeles: 348, 353, 356, 360, 375, 377.
Minuta: 356, 357, 360, 364, 366-371, 373, 374.

Modernidad: 36, 40, 41, 84, 85, 98, 268.
Moral: 33, 34, 47, 51, 52.
Muerte civil: 174-185.
Municipalidades: 204-206, 208, 209.
Municipios: 150, 152 y ss., 169.
Mos italicus: 116, 117.
Motivación de sentencias: ver "sentencias (motivación de)".

N
Nación, nación española: 30, 38, 45, 46, 48-53, 69, 70, 72, 73, 86, 166, 170, 177, 179-184, 210-212, 218, 219, 221, 237, 250, 254, 256, 259, 260, 267, 326, 327, 350, 351, 375.
Nacionalidad: 149 y ss, 176.
Nota:
de cumplimiento: 355;
opinativa o consultiva: 361-363, 365, 367.
Novísima Recopilación de las Leyes de España (1805): 67, 79, 93, 97, 113, 115, 117, 125, 126, 128, 129, 131, 132, 183, 190, 240.
Nueva Recopilación (de Castilla, 1567): 113, 115, 118, 121, 122, 128, 292, 293.

O
Orden jurídico:
concepto de: 60-62;
tradicional: 62-69, 74, 75, 77-83, 90;
legal: 62, 79, 83, 88, 97.
Orden de prelación: 64, 79, 80, 82.
Organización territorial: 202, 203, 204, 206, 210, 218, 220, 221, 228.

P
Pasantes, pasantías: 113, 114, 115, 118, 127.
Padre de familia, *Pater familias:* 52, 53, 187, 188, 282, 283, 286.
Padrino(s): 284, 298, 299.
Parlamentos (Francia): 312-314.
Párroco: 191.
Partidas (*Siete Partidas*): 64, 78, 79, 80, 93, 94, 95n., 97, 111, 113, 118, 129, 132, 292, 293.
Partidos (división de): 218-221.
Patria potestad: 182, 185.

Pena(s):
aflictivas: 269, 273, 289;
de azotes: 274-276, 278, 283, 288-291, 293, 295-299;
de muerte, 174, 294;
prisión procesal como pena: 295, 296.
Plan de estudios:
de 1771 (Campomanes): 108, 120, 121, 122, 124, 127, 131;
de 1807 (Caballero): 108, 128, 131;
de 1824 (Calomarde): 132;
de 1845 (Pidal): 132.
Pluralismo jurídico: 85, 86, 98.
Poder:
doméstico: 188-196, 277, 278, 283, 288, 289, 298;
de policía: ver "policía".
Poderes de diputados: 240.
Policía: 277, 278, 316.
Potestad reglamentaria: 76-77, 84.
Práctica jurídica: 95, 108, 109, 111, 116, 122, 124, 125, 128, 130, 132.
Prefectos: 161.
Prefecturas, prefectos: 202, 204-210.
Prelación (orden de): ver "orden de prelación".
Prevaricación: 242.
Principios generales de derecho: 90-92, 94, 96.
Procedimiento:
administrativo: 348, 352, 353, 355, 357, 358, 360, 364, 365, 367, 369-372, 375, 376;
judicial: 98, 277, 289, 356;
verbal y sumario: 290.
Proceso electoral: 214, 219.
Promesa (de decir verdad en el proceso): 298, 299.
Propiedad: 27, 34, 41, 49, 51, 52.
Provincias: 203, 210, 211, 214, 220, 221;
marítimas: 203, 218;
constitucionales: 218, 219.
Proyecto de Código Civil (español):
de 1821: 71, 89, 180-185;
de 1851 (García Goyena): 89;
de 1869: 187.

Publicación:
de ley: ver "ley (publicación de)";
de resoluciones: ver "resoluciones (publicación de)".
Pueblos indígenas: 143 y ss.

R
Racionalismo jurídico: 117.
Racismo: 150, 151, 153, 160, 162, 167.
Reales Audiencias: ver "Audiencias".
Recopilación de las Leyes de Indias (1680): 96.
Recopilaciones (legales): 63, 66, 67, 76, 77, 80, 111, 113.
Recurso:
de amparo: 75, 142;
de casación: 84, 95 n. 42, 96, 252;
de fuerza: 329;
de nulidad: 240, 248, 249, 253-255.
Reforma: 36, 38, 39, 41, 45-48, 67, 72, 74, 84.
Reformas borbónicas: 271, 280.
Regencia: 214, 217, 218.
Regidor: 206, 209.
Registro: 371-374, 377.
Reglamento para la administración de justicia en la campaña de Córdoba (Argentina):
de 1823: 288-290;
de 1856: 291, 292.
Representación provincial (diputados provinciales): 214.
Repúblicas de indios: 161.
Resolución(es): 367-369, 373-376;
publicación de: 350, 352, 368, 373, 377.
Responsabilidad:
de los empleados públicos: 71, 323-325;
judicial: 246, 247, 249, 259-261;
ministerial: 348, 353, 354, 364, 368, 377.
Revistas jurídicas: 82.
Revolución: 45-47, 86.

S
Santa Hermandad, alcaldes de la: ver "alcaldes de la Santa Hermandad".

Secretaría de Cámara del Virreinato de Nueva España: 374, 375.
Secretaría(s) de Estado y del Despacho: 355-357, 359, 361, 362, 366, 372, 378;
de Estado: 357, 362, 363, 370, 378;
de Hacienda: 378;
de Indias: 374, 375;
de la Gobernación de Ultramar: 362.
Secretario general: 205, 206.
Sentencias (motivación de): 83, 84, 93, 98, 240, 244, 246.
Señoríos jurisdiccionales: 219.
Separación de poderes: 32, 53, 69, 76, 79, 237, 238, 279, 287, 307-311.
Sirviente doméstico: 151, 156, 157.
Sistema electoral: 150, 154.
Sistema de federación: 285.
Sistema provisional de suplencias: 214.
Soberanía: 65, 241, 250, 251, 256, 261.
Sociedades de Amigos del País: 35, 36, 225.
Subprefecturas, subprefectos: 204-206, 208, 209.
Sufragio: 186-188.

T
Teniente (de gobernador, letrado): 271, 274, 280, 281.
Territorios: 211, 212.
Territorios federales: 158 y ss., 170.
Título preliminar (del Código Civil): 87-88, 90, 96; ver "Código Civil".
Tormentos, tortura: 280, 284, 297, 298.
Tratados: 142, 143, 163 y ss.
Tribunal de Circuito de México: 96.
Tribunal de Concordia: 279, 284.
Tribunal Supremo de Justicia (España): 84, 96, 97, 252, 253.
Tropas imperiales: 203, 204, 210, 214.
Tutela indígena: 145 y ss., 155, 160, 167, 170.

V
Vagos: 278, 291.
Validación documental: 353, 362, 365, 367.

Historia y Constitución.
Trayectos del constitucionalismo hispano,
se terminó de imprimir el 6 de septiembre de 2010,
en los talleres de Impresión y Diseño, Av. Río Churubusco 2005, colonia El Rodeo, 08510, México, D. F.
Diseño de portada e interiores, Natalia Rojas.
Edición realizada a cargo de la Subdirección de Publicaciones del Instituto Mora. En ella participaron: Carlos Alvarado Bremer, Adriana Barajas, Estela García; cuidado de la edición, Yolanda R. Martínez.
La edición consta de 1 000 ejemplares.

Antes que libro, *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano* fue un exitoso curso monográfico de posgrado, impartido en el Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora (México, D. F.), por sus autores y autoras como miembros del grupo de investigación HICOES, que estuvo dedicado a exponer y debatir, con un público académicamente especializado en distintas áreas de ciencias sociales, una reflexiva introducción a la historia del constitucionalismo, como cultura jurídica de derechos y dispositivos institucionales de garantía, en el ámbito hispano (por español y americano). Sobre esta base compartida, y tomando como eje la Constitución de Cádiz, a lo largo de los diez capítulos del libro se examinan otros tantos problemas constitucionalmente relevantes para trazar los principales trayectos que, de manera más o menos entrecruzada, siguió el constitucionalismo a ambos lados del Atlántico hispano. Tras una sostenida y más o menos explícita reflexión historiográfica, casi inevitablemente subyace a cada uno la pregunta por un "modelo hispánico" de transición entre el antiguo y el nuevo orden jurídico-político, que cubre cuando menos los dos primeros tercios del siglo XIX.

ISBN: 978-607-7613-38-1

CIDE

EL COLEGIO
DE MICHOACÁN, A. C.

Instituto
Mora